Ausführliche Erläuterung

der

# Pandecten

nach Hellfeld

## ein Commentar

begründet von

D. Christian Friedrich von Glück

fortgesetzt von

D. Christian Friedrich Mühlenbruch und D. Eduard Fein

und nach deren Tode

von

D. Karl Ludwig Arndts v. Arnesberg,

K. K. Hofrathe, weiland ordentlichem Lehrer der Rechte an der Universität Wien, Mitgliede des österreichischen Herrenhauses und der kais. Akademie der Wissenschaften, Comthur des St. Gregorius- und des Franz-Josephs-Ordens, Ritter des österreichisch kaiserlichen Leopoldordens und des königl. bayer. Michaelsordens I. Klasse.

---

Acht und vierzigsten Theils erste Lieferung.

Erlangen,

Verlag von Palm & Enke.

(Adolph Enke.)

1875.

## Berichtigungen.

S. 82. Anm. 100. statt dominum lies dominium
S. 103. Z. 7. lies in do lego legato
S. 125. Z. 12. lies ususfructus
S. 162. Z. 5. 4. v. u. lies Folgenden
S. 165. Anm. 7. Z. 6. lies προσαυξήσεως



Druck von E. Th. Jacob in Erlangen.

## §. 1524.

### Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen.

„Legatum est delibatio hereditatis. Ex legantis igitur voluntate res legata penes heredem manere non debet.“

Mit dieser Bemerkung beginnt Hellfeld seinen §. 1524, der von dem ius accrescendi der Collegatarien handelt. „Inde“, sagt er, inter collegatarios coniunctos obtinet ius accrescendi, vi cuius portio vacans reliquis accrescit collegatariis coniunctis“. Diese Bemerkung ist nicht zu loben, wenn man auch berücksichtigt, daß der Verfasser zunächst nur von Legaten als dem Erben auferlegten Vermächtnissen spricht und erst in §. 1529. auch auf Fideicommisse zu sprechen kommt. Der Wille des Erblassers, der dem Erben ein Legat auflegt, ist positiv, daß die vermachte Sache der Legatar haben soll, und bewirkt folgeweise, daß diese dem Erben entzogen wird, sofern das Legat in Wirksamkeit tritt. Ist dies nicht der Fall, sei es, weil der Legatar das Vermächtniß ablehnt oder aus anderem Grunde nicht mehr erwerben kann, so bleibt das Vermachte dem mit dem Vermächtniß beschwerten Erben; dieser ist nun von der Vermächtnißlast befreit [1]). Das Gleiche gilt eben

1) Nach der lex Papia Poppaea konnte freilich das Legat in den meisten Fällen dem onerirten Erben durch caduci vindicatio entzogen werden. Aber, indem Justinian die caducorum vindicatio überhaupt aufhob, erklärte er zugleich ausdrücklich, daß nun auch in dieser Beziehung das ius antiquum vor jener lex wieder hergestellt sei, so wie auch selbst unter deren Herrschaft die völlige Nichtigkeit eines

so, wenn nicht einem Erben, sondern sonst Jemanden, z. B. einem Vermächtnißnehmer, ein Vermächtniß auferlegt ist [2]). Wenn aber der Erblasser dieselbe Sache Mehreren vermacht, Mehreren gemeinschaftlich ein Vermächtniß hinterlassen hat, das sich, wenn sie alle erwerben, nothwendig unter ihnen theilt, so tritt wohl jedenfalls dasselbe ein, wenn keiner von diesen das Vermächtniß erwirbt; es fragt sich aber, ob das Wegfallen nur des einen oder andern derselben eben so zum Vortheil des Beschwerten gereiche, so daß dieser nun zum Theil von der Vermächtnißlast befreit werde, oder vielmehr zum Vortheil der übrigen Mitbedachten, so daß diese in Folge des Wegfallens eines Concurrenten Mehr als sonst der Fall sein würde erhalten? Hier wird nun allerdings regelmäßig als dem Willen des Erblassers entsprechend das letzte angenommen, und ist damit das sogenannte Anwachsungsrecht für Vermächtnißnehmer anerkannt, wie ein solches ähnlich auch bezüglich der Erbfolge stattfindet in dem Fall, wenn von mehreren mitsammen dazu berufenen Personen die eine oder andere nicht die Erbschaft erwirbt [3]). Von Vermächtnissen der Art, wie sie hier vorausgesetzt werden,

Legats (quod pro non scripto habetur) nur zum Vortheil des Onerirten gereichte. L. un. §. 3. 4. 7. 8. 11. Cod. de cad. toll. VI. 51.

2) L. un. §. 4. cit. „ea manere apud eos, a quibus derelicta sunt, heredes forte vel legatarios vel alios, qui fideicommisso gravari possunt." Vgl. §. 8. ibid. L. 60. D. de legat. II. Davon wird jedoch eine Ausnahme gemacht, wenn erwiesen ist, daß der Erblasser den mit einem Fideicommiß beschwerten Legatar nur als Vermittler vorgeschoben hat, um das Vermachte dem Dritten zuzuwenden. L. 17. pr. D. l. c. Si quis Titio decem legaverit et rogaverit, ut ea restituat Maevio, Maeviusque fuerit mortuus, Titii commodo cedit, non heredis; nisi dumtaxat ut ministrum Titium elegit.

3) Darüber enthält der 43. Theil dieses Commentars, §. 1498. 1499. S. 243—367., eine ausführliche Entwickelung, worin

ist nun schon im 46. Theil dieser Erläuterungen, §. 1521 c. S. 476—518, ausführlich gehandelt worden, und mußte dort denn auch das nur bei solchen Vermächtnissen vorkommende Anwachsungsrecht oft berührt werden. Dort aber wurde wesentlich nur der Fall in's Auge gefaßt, wenn die neben einander mit einem Vermächtniß bedachten Personen alle das Vermächtniß wirklich erwerben, also nur sich fragt, wie durch die Concurrenz einer Mehrheit das Recht der einzelnen Vermächtnißnehmer sich bestimme; hier dagegen ist nun der Fall näher in Betracht zu ziehen, wenn von jenen Personen eine oder andere zu ihrem Theil das Vermächtniß nicht erwirbt, in welchem Fall allein von einem Anwachsen des dadurch freigewordenen Vermächtnißtheiles die Rede sein kann.

In §. 1521 c. (Th. 46 S. 477 fg.) ist schon ausgeführt worden, daß in fraglicher Beziehung nach altem Recht scharf unterschieden wurde zwischen den verschiedenen Arten der Legate, namentlich den beiden Hauptarten, Vin-

gelegentlich auch schon auf das Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen Bezug genommen wird. Auch zugleich oder zunächst das letzte betreffende Literatur ist daselbst S. 243 fg. Anm. * angeführt. Dazu ist noch hinzuzufügen: Machelard sur l'accroissement entre les héritiers testamentaires et les colégataires aux diverses epoques du droit Romain in der revue historique de droit français et étranger tom. III. IV. VI. J. Fr. Dworzak Beiträge zur Lehre vom Jus accrescendi insbesondere bei Legaten und Versuch einer Interpretation der L. 41. pr. D. de legat. II., besonders abgedruckt aus Haimerl's österreich. Vierteljahrschr. f. Rechts- und Staatsw. VIII. S. 1—91. Wien 1861. Glasson du droit d'accroissement entre co-héritiers et entre co-légataires. Strassbourg 1862. Vgl. auch J. Baron d. Gesammtrechtsverhältnisse im röm. Recht. Berlin 1864. §. 40. S. 420—446. (Die Schrift von Glasson ist mir nur aus Citaten Anderer bekannt).

dicationslegat und Damnationslegat, welchem letzten auch das Fideicommiß gleich behandelt wurde; daß wohl bei jenem, nicht aber bei diesen ein ius accrescendi stattfand; daß ferner zufolge der lex Papia Poppaea in der langen Zeit von Octavianus Augustus bis zu Justinian das ius accrescendi sowohl bei Vermächtnissen wie bei Erbschaften in den meisten Fällen durch caducorum vindicatio ausgeschlossen war, indem nur zu Gunsten von Descendenten und Ascendenten das ius antiquum in caducis aufrecht erhalten wurde [4]); daß endlich Justinian die caducarischen Bestimmungen des genannten Gesetzes völlig aufgehoben und dabei zugleich das nun wieder in weiterem Umfange praktisch gewordene Anwachsungsrecht bei Erbschaften und Vermächtnissen durch neue allgemeine Bestimmungen geregelt hat. Die betreffende Constitution Justinian's war vielleicht schon zur Zeit der Publikation der Digesten entworfen, jedenfalls war schon damals die Aufhebung des Caducarrechts beschlossen und ist dies in der Abfassung der Digesten auch schon vorgreiflich berücksichtigt worden [5]); erlassen aber ist die Con-

4) Ulpiani fragm. XVII. §. 2. in f. XVIII. §. 1. Aus dieser übrigens nur unvollständig erhaltenen Stelle geht mit Sicherheit nur hervor, daß den zu Erben eingesetzten Descendenten und Ascendenten bis zum dritten Grade das ius antiquum in caducis vorbehalten war; vgl. auch L. un. pr. Cod. de cad. toll.; daß also die genannten Personen jedenfalls des oben in Anm. 1. besprochenen Vortheils genossen und etwa auch als Prälegatare ein ius accrescendi behielten, nicht eben so auch, wenn ihnen nur ein Vindicationslegat mit anderen zusammen hinterlassen war. Vgl. Schneider das Anwachsungsrecht bei Legaten, S. 218. fg. Huschke in Richter's krit. Jahrb. II. S. 326. — Ueber andere Fälle, in denen auch unter der Herrschaft der lex Papia Anwachsungsrecht stattfand, vgl. Schneider a. a. O. §. 5. S. 197. fg. Huschke a. a. O. S. 325 fg.

5) Const. *Tanta* §. 6. Justinian erklärt hier, daß in den

stitution erst beiläufig ein halbes Jahr später [6]), und dann als ein neues Gesetz in den Codex repetitae praelectionis vom J. 534 n. Chr. aufgenommen worden [7]). Es ist darnach kein Zweifel, daß diese Constitution als neueres Gesetz die entscheidende Quelle für die Erkenntniß des geltenden Anwachsungsrechts ist, auch wenn etwa in den älteren Rechtsbüchern einzelne Stellen sich vorfinden, die mit dem Inhalt jenes Gesetzes nicht verträglich erscheinen. Daher ist es angemessen, zunächst dieses einer eingehenden Erklärung zu unterwerfen, so weit es das Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen betrifft, und nur nebenbei oder hinterher in Betracht zu ziehen, wie sich andere darauf bezügliche Stellen der Justinianischen Rechtsquellen dazu verhalten.

Vorerst nun ist hervorzuheben, daß das Gesetz in fraglicher Beziehung alle im bisherigen Rechte noch obwaltenden Verschiedenheiten zwischen den Legaten der verschiedenen Formen und den Fideicommissen beseitigt und so die

neun Büchern de testamentis et legatis et fideicommissis „nihil de caducis memoratum a nobis est, ne causa .... nostris remaneat temporibus.“ Eben so const. *Dedit*. §. 6. Gleichwohl hat Mayer Recht der Anwachsung S. 186. fg. noch zu beweisen versucht, daß das Papische Recht auch nach der Publikation der Digesten einstweilen noch fortbestanden habe, ist aber vollständig widerlegt worden von Schneider a. a. O. S. 237. fg., vgl. Mühlenbruch im Comment. Th. 43. S. 335. fg.

6) Sie ist datirt: Kal. Jun. Constantinop. Dn. Justiniano A. PP. IV. et Paulino V. C. Conss., d. i. am 1. Juni 534. nach Chr.; die Const. *Tanta* war publicirt am 16. Dec. 533.

7) Sie bildet darin einen eigenen Titel als L. unica Cod. de caducis tollendis. VI. 51. und besteht aus dem pr. und 16 §§. Da sie sich sowohl auf Erbfolge als auf Vermächtnisse bezieht, würde sie schicklicher wohl ihren Platz hinter Titel 54. oder 59 gefunden haben.

durch die Constitutionen vom J. 529. und 531. erzielte Gleichstellung der verschiedenen Arten der Vermächtnisse in einem wichtigen Puncte vollendet [8]); es bezieht sich auf alle Fälle, wo von demselben Erblasser Etwas (dasselbe Etwas) mehreren Personen vermacht worden ist, sei es nun zur Last des Erben, des testamentarischen oder des Intestat-Erben, oder zur Last eines anderen Vermächtnißträgers, und ausdrücklich wird erklärt, daß es auch auf Schenkungen von

8) Dies deutet auch die Constitution selbst an in den Worten des §. 11. „unam omnibus naturam legatis et fideicommissis imponentes et antiquam dissonantiam in unam trahentes concordiam“, welche an die Worte der L. 1. Cod. commun. de legat. et fideicomm. VI. 43. erinnern: „Rectius igitur censemus . . . . omnibus . . tam legatis quam fideicommissis unam naturam imponere“. Vgl. Th. 46. S. 56. Anm. 36. S. 71. fg. In der That war die Gleichstellung der verschiedenen Arten der Vermächtnisse auch in diesem Punkte gleichsam stillschweigend schon durch die Institutionen und Digesten vollzogen. Was Gaius II. §. 199. nur vom Vindicationslegate lehrt, wird in §. 8. J. de legat. II. 20. allgemein als Regel aufgestellt: „Si eadem res duobus legata sit, sive coniunctim sive disiunctim, . . . . . . si alter deficiat, quia aut spreverit legatum aut vivo testatore decesserit aut alio quolibet modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet“; und in den Digesten wird der alten Verschiedenheiten nirgend erwähnt; in diesen ist aber von dem ius accrescendi auffallend wenig die Rede, vermuthlich weil das neue Gesetz darüber schon beschlossen war und die Aufnahme darauf bezüglicher Stellen der alten Juristen überall eingreifende Interpolationen erfordert hätte. Nur de usufructu accrescendo haben die Compilatoren bedeutendere Fragmente aufgenommen, wegen der Eigenthümlichkeiten dieses Falles, in eigenem Titel (VII. 2.); vgl. den Comment. Th. 9. S. 263—308., und da wissen wir nun durch die Vergleichung mit den Vaticanischen Fragmenten, die Glück dort noch nicht benutzen konnte, wie bedeutende In-

Todes wegen anzuwenden sei [9]). Die hieher gehörige entscheidende Disposition des Gesetzes aber ist im §. 11. desselben enthalten. Darin wird ein wesentlicher Unterschied gemacht zwischen zwei Hauptfällen: ob nehmlich dasselbe Etwas Mehreren zusammen in einer Satzverbindung (coniunctim in diesem Sinn) vermacht sei, oder in getrennten selbständigen Verfügungen (disiunctim oder separatim), so wie in dem vorhergehennen §. 10. auch bezüglich der Erbeinsetzung Mehrerer dieselbe Unterscheidung vorkommt. Für beide Fälle wird zuerst entschieden, daß, wenn alle mit demselben Vermächtniß bedachten Personen ihr Recht geltend machen, das Vermachte sich unter ihnen theilt und namentlich auch im zweiten Fall nicht, wie es früher beim Damnationslegate Regel war, jeder von ihnen Anspruch auf das Ganze habe, es sei denn, daß dies als deutlich erklärter Wille des Erblassers erkannt werde [10]). Sodann wird für jeden der beiden Fälle bestimmt, welche Folgen es habe, wenn nicht alle das ihnen hinterlassene Vermächtniß erwerben. Für den ersten Fall, wenn coniunctim Mehreren aliquid relictum est, lautet die betreffende Bestimmung Justinian's folgendermaßen:

Sin vero pars quaedam ex his deficiat, sancimus eam omnibus, si habere maluerint, pro virili portione cum omni suo onere accrescere, vel si omnes

terpolationen die Compilatoren nöthig gefunden haben, um die alten Verschiedenheiten zu verwischen und die aufgenommenen Stellen mit der Regel des §. 8. J. l. c. in Einklang zu bringen. Vgl. unten §. 1524 a.

9) L. un. §. 14. Cod. l. c. Haec autem omnia locum habere censemus tam in testamentis . . . . quam in codicillis et omni ultimo elogio, vel si quid ab intestato fuerit derelictum, nec non in mortis causa donationibus.

10) Vgl. den Comment. Th. 46. S. 502—504.

noluerint, tunc apud eos remanere, a quibus derelictum est; quum vero quidam voluerint, quidam noluerint, volentibus solummodo id totum accedere.

Im Anschluß an die vorhergehende Bemerkung, daß, wenn alle erwerben, jeder nur einen Theil erhalte (pro sua portione quisque hoc habeat), verfügt Justinian: wenn aber einer von diesen Vermächtnißtheilen („pars quaedam ex his“ sc. portionibus) frei werde (deficiat), so solle dieser Theil allen (übrigen Mitbedachten) zu gleichen Theilen zuwachsen, jedoch nur, wenn sie ihn haben wollen (si habere maluerint), dann aber auch mit aller darauf fallenden Last (cum omni suo onere), so daß jeder einzelne Vermächtnißnehmer nun auch nach Verhältniß des ihm anwachsenden Theils die auf dem ganzen vacanten Vermächtnißtheil ruhende Vermächtnißlast zu tragen hat; wenn dagegen alle den Zuwachs ablehnen, so soll jener Vermächtnißtheil denjenigen verbleiben, welchen das Gesammtvermächtniß auferlegt ist, z. B. dem oder den Erben, wofern es ohne nähere Bestimmung als Belastung der Erbschaft angeordnet ist; wenn aber endlich einige der Mitbedachten den Zuwachs annehmen, andere ihn ablehnen, so soll der ganze Zuwachs nur den ersten zukommen. Gesetzt also z. B.: eine Summe von 1200 ist zusammen dem A und B vermacht; B fällt weg; so bekommt A, wenn er will, die ganze Summe, muß aber dann auch die auf den Theil des B fallenden Vermächtnisse auf sich nehmen; lehnt A den Zuwachs ab, so bekommt er nur seine 600, die andere Hälfte der vermachten Summe bleibt dem Erben. Ferner: dem A, B, C, D sind 1200 vermacht, wornach, wenn alle vier erwerben, jeder einzelne 300 erhält; fällt nun D weg, so steigert sich das Vermächtniß für A, B, C, wenn alle drei wollen, auf 400 für jeden; wenn alle drei nicht wollen, bleiben 300 dem Erben; wenn nur C den Zuwachs ablehnt,

bekommen A und B, die ihn sich gefallen lassen, jeder 450, mit Uebernahme der dem D auferlegten Vermächtnißlast jeder zur Hälfte.

So hat die gemeinrechtliche Doktrin den obigen Satz der L. un. Cod. cit. verstanden und ausgelegt [11]). Diese Erklärung des Gesetzes ist aber als ganz verfehlt angefochten worden von K. A. Schneider in dessen Buche von dem Anwachsungsrechte bei Legaten S. 257 fg. Er behauptet, die Gesetzesworte „si maluerint", „si noluerint" seien nicht auf Wollen oder Nichtwollen, Annehmen oder Ablehnen des anwachsenden Vermächtnißtheiles zu deuten, sondern vielmehr auf Annahme oder Ablehnung des ganzen Vermächtnisses; zu dem habere velle oder nolle sei als Object hinzuzudenken legatum, nicht eam partem quae deficit; dies, meint er, sei schon grammatisch nothwendig, denn Object des habere maluerint und noluerint müsse dasselbe sein, was das spätere remanere zum Subject hat, dieses aber werde als derelictum bezeichnet und dazu könne nicht ea pars sondern nur legatum supplirt werden. So findet Schneider in unserer Stelle ausgesprochen: die pars deficiens wachse denjenigen an, welche das ihnen gemeinsam mit anderen hinterlassene Legat annehmen; lehnen alle ab, so bleibe das Legat dem Onerirten; lehnen nur einige ihr Legat ab, so erhalten diejenigen, welche ihr Legat annehmen, id totum „d. h. sowohl das deficirende als die repudiirten Legate der anderen Collegatare." Der Unterschied zwischen den beiden Fällen, wenn coniunctim

11) Vgl. die Glosse u. Azonis Summa ad lib. VI. Cod. tit. de caducis toll. §. 18. Cuiac. ad tit. Cod. cit. §. 11. (opp. IX. col. 902.) Donelli comment. VIII. 21. cap. 10. 11. Perezi praelect. in Cod. h. t. §. 15. Voet ad pand. lib. XXX—XXXII. §. 62. Westphal v. Vermächtnissen II. §. 1058. („daß das ius accrescendi bei verbis coniunctis freiwillig sei"), vgl. unten Anm. 14.

und wenn disiunctim Mehreren dasselbe vermacht ist, soll darnach nur darin bestehen, daß im ersten Fall cum onere, im anderen Fall sine onere der vacante Vermächtnißtheil den Collegataren anwächst. Allein diese Erklärung ist entschieden zu verwerfen, und zwar gerade nach grammatischer Auslegung, denn sie thut der Stelle nach ihrem Ausdruck und grammatischen Zusammenhang unleidliche Gewalt an. Wollte der Gesetzgeber sagen, was jener Interpret in dessen Worte hineinlegt, so müßte ihm der Vorwurf unbegreiflich undeutlicher Ausdrucksweise gemacht werden; er brauchte nur die Worte „si habere maluerint" wegzulassen, so war schon deutlicher gesagt, was er wollte; denn daß der vacante Vermächtnißtheil nur denjenigen anwachse, die ihrerseits das gemeinsame Vermächtniß annehmen, das verstand sich von selbst; aber, wenn er sie einfügte, dem Leser zuzumuthen, daß er als Object des habere nicht das kurz vorhergehende eam sc. partem sich denke, sondern legatum herbeiziehe, das kann einem bedächtigen nicht ganz ungeschickten Gesetzverfasser als seine Willensmeinung nicht zugetraut werden; gewiß würde er dieses viel klarer und einfacher ausgedrückt haben, z. B.: „omnibus, qui veniunt ad legatum . . . accrescere"; darin wäre zugleich schon ausgesprochen, daß, wenn einige das Legat annehmen, andere ablehnen, nur jenen accrescire; daß aber, wenn alle das ganze Legat ablehnen, dasselbe dem Erben verbleibe, das brauchte als selbstverständlich an diesem Orte nicht erwähnt zu werden, während es ganz am Platze war, dies ausdrücklich hervorzuheben bezüglich der pars deficiens, wenn alle Collegatarien nur deren Anwachsen ablehnten. Auch die Schneider'sche Erklärung des Schlußsatzes: „volentibus solummodo id totum accedere" ist sehr gezwungen. Die ganze Stelle bezieht sich nur auf die eine pars, deren Deficienz im Vordersatze vorausgesetzt wird; hier soll nun auf einmal in dem totum auch noch der durch die Ab-

lehnung des ganzen Legates von Seiten eines zweiten, dritten Collegatars erledigte Vermächtnißtheil versteckt sein. Das id totum ist eben die ganze pars, quae deficit, im Gegensatz zu den viriles portiones, zu welchen jene, wenn alle Collegatare die Accrescenz derselben annehmen, diesen anwächst, und der Schlußsatz will nur sagen, daß, wenn einige die Accrescenz annehmen, andere ablehnen, nicht dieser letzten viriles portiones der pars deficiens dem Onerirten bleiben, sondern die ganze pars deficiens den ersten accedit. Auch der grammatische Grund, den Schneider vor allem für seine Erklärung vorbringt, ist völlig kraftlos; die Worte „a quibus derelictum est“ können sehr wohl absolut oder intransitiv genommen und buchstäblich eben so deutsch wiedergegeben werden: „von welchen, d. h. zu deren Last, vermacht ist“, nehmlich ein zu Anfang des §. 11 genanntes aliquid [12]); zu sagen „a quibus derelicta est“, nehmlich pars quae deficit, wäre nicht einmal passend gewesen, da das Mehreren zusammen hinterlassene Vermächtniß als ein omnibus derelictum gedacht wird. Mit Recht ist denn Schneider's Erklärung alsbald auch von dessen Recensenten verworfen worden [13]) und hat unseres Wissens auch sonst keinen Beifall gefunden, und so bleibt es also dabei, was die herrschende Meinung immer angenommen hat, daß nach L. un. §. 11 Cod. cit. in unserem ersten Hauptfall der frei gewordene Vermächtnißtheil den Collegataren nur, wenn sie wollen, dann aber auch immer cum onere suo accrescirt [14]).

12) Es hätte auch eben so gut gesagt werden können „legatum est“; Legatum als Substantiv zu derelictum hinzuzudenken, ist auch deßhalb unberechtigt, weil die Classiker legatum nicht substantivisch, sondern adjectivisch als participium pass. zu gebrauchen pflegen, und legatum derelictum pleonastisch ist.

13) Huschke a. a. O. S. 331.

14) Wening-Ingenheim Civilr. 5. Aufl. V. §. 215. Gö-

Darin liegt nun freilich in doppelter Beziehung eine Abweichung von dem, was nach altem Recht Regel war, wo bei Legaten ein Anwachsungsrecht stattfand. Bei dem Vindicationslegat, dem Musterfall in dieser Beziehung, bestimmte sich dasselbe consequent und einfach von dem Gesichtspunct aus, daß Mehreren, ob coniunctim oder disiunctim, dieselbe Sache, dasselbe Ganze, vermacht war und nur concursu partes fiebant, daher, wenn einer der Collegatare wegfiel, also nicht concurrirte, der Vermächtnißtheil, welcher diesem, wenn er concurrirte, zukommen würde, den übrigen von selbst und nothwendig, sine onere, accrescirte oder eigentlich nur nicht decrescirte, ihr Recht unverkümmert auf das Ganze ging, weil jener Theil ihnen nicht durch einen gleichberechtigten Concurrenten entzogen wurde [15]. So wird das Anwachsungsrecht bei Legaten denn auch noch in den Institutionen dargestellt, und zwar hier schon allgemein, ohne Beschränkung auf eine bestimmte Form des Legats [16]. Einen Vorgang aber fand §. 11 Cod. cit. vor in der erst durch Justinian beseitigten caducorum vindicatio. Diese auszuüben hing natürlich vom Willen des dazu Berechtigten ab; wer aber von diesem Recht Gebrauch machte, mußte auch die auf das vindicirte Caducum gelegte Last mitübernehmen; so konnte es sich begeben, daß ein Collegatar, dem das ius antiquum nicht zustand, z. B. der eine von zwei mit einem Vermächtniß bedachten Brüdern des Erblassers, dem aber als Vater eines Kindes

schen Vorles. III. 2. §. 1051. Mühlenbruch Lehrb. 4. Aufl. §. 790. Seuffert Pand. §. 621. Puchta Pand. §. 542. Sintenis Civilrecht §. 213. Anm. 34. Brinz Pand. 1. Aufl. S. 955. fg. Windscheid Pand. §. 644. Anm. 14. u. a. Machelard l. c. tom. VI. p. 210. suiv.

15) Vgl. den Comment. Th. 46. S. 477. fg.

16) Vgl. oben S. 6. Anm. 8.

das Recht der caducorum vindicatio zustand, den Vermächtnißtheil des wegfallenden Bruders zwar nicht iure accrescendi zu dem seinigen hinzuerwarb, aber, wenn er wollte, als caducum cum suo onere vindiciren konnte; als collegatarius coniunctus hatte er in der caducae partis vindicatio den Vorzug vor anderen patres, „qui in eo testamento liberos habebant". Nach diesem Vorgang nun bestimmte Justinian, daß fortan überall der Collegatar den erledigten Vermächtnißtheil nach seinem Gutbefinden ablehnen oder cum onere sich aneignen könne, aber nur, wenn ihm coniunctim mit dem wegfallenden Dasselbe vermacht war, nicht auch, wenn dies disiunctim geschehen war.

Diese Unterscheidung der beiden Hauptfälle wird von einer Seite als eine feine belobt [17]); von anderer Seite wird sie getadelt, als nur aus einer Verkennung des Wesens des Anwachsungsrechts hervorgegangen [18]). Meines Erachtens ist dieser Tadel unbegründet; es ist kein Grund da, zu bezweifeln, daß der Verfasser der L. un. Cod. l. c., welche das Anwachsungsrecht bei allen Arten der Vermächtnisse gleichmäßig regeln sollte, mit vollem Bewußtsein der darin liegenden Abweichung von dem in §. 8 J. de legat. charakterisirten ius accrescendi jene Unterscheidung gemacht hat, und dieser Neuerung fehlt es auch keineswegs an innerem Grunde. Wenn der Erblasser eine Sache, eine Summe dem A und B vermacht, so muß er sich bewußt sein, daß, wenn dieser sein Wille zum Vollzug kommt, A und B jeder nur die Hälfte des Vermachten erhalten, und darauf ist sein Wille eigentlich gerichtet; der Gedanke, daß doch dem A und dem B jedem die ganze Sache, die ganze Summe vermacht sein solle, tritt dagegen zurück oder schlum-

17) Unger österreich. Erbrecht §. 63. Anm. 4.

18) Windscheid Pand. §. 544. Anm. 14. a. E.

mert nur im Hintergrunde. Allerdings aber muß man, wenn man frei von formalen Beschränkungen nach der Willensmeinung des Erblassers forscht, es wahrscheinlich finden, daß er das Vermachte jedenfalls den beiden vor allen anderen zugedacht habe, indem er dasselbe als ein Vermächtniß beiden zusammen hinterließ, so daß, wenn der eine wegfalle, der andere es ganz erhalte; dies ist vollends einleuchtend, wenn die Collegatarien nur durch einen Collectivbegriff bezeichnet sind, z. B. „den Kindern meines Bruders C vermache ich zusammen 1200"; es war ganz angemessen, daß nun, was früher beim Vindicationslegat, nicht beim Damnationslegat, gegolten, für alle Arten der Vermächtnisse als Regel angenommen wurde [19]). Wenn

19) Vgl. auch Puchta Vorlesungen II. §. 542. Der Vf. bemerkt in Betreff der re et verbis coniuncti: „Eigentlich müßte man sagen, der Testator habe hier jedem nur einen Theil des Gegenstandes von Anfang an bestimmt, so gut, wie wenn er den Theil ausgedrückt hätte", . . . . . „sie sind strenge genommen nur zum Schein re coniuncti, und eine Accrescenz kann nur stattfinden, wenn diese Intention des Testators nachzuweisen ist." Justinian aber hat bestimmt: „jene Intention des Testators soll immer angenommen werden." Und dazu hatte er guten Grund: hatte man ja beim Vindicationslegat, wenn coniunctim duobus eadem res legata erat, den Willen des Testators immer schon eben so interpretirt. — Windscheid a. a. O. bemerkt: Justinian habe sich das Verhältniß offenbar so gedacht, daß der Erblasser jedem der mehreren re et verbis coniuncti zunächst einen Theil gebe, eventuell aber, durch eine zweite Verfügung, auch den Theil des Mitvermächtnißnehmers, so daß jeder als auf den Theil des Anderen substituirt erscheine; aber eine solche Substitution sei in der Verfügung des Erblassers nicht enthalten; der Anspruch eines jeden auf den Theil des Genossen beruhe vielmehr darauf, daß auch ihm das Ganze vermacht sei. Aber das Ganze kann doch der Erblasser, wenn er bei Sinnen war, einem jeden

aber der Erblasser das Vermächtniß beider mit Auflagen beschwert hat, so liegt es auch wieder sehr nahe, als dessen Willen zu erkennen, daß diese als Last auf dem Vermächtniß ruhen sollen, ob nun beide dasselbe, jeder zum Theil, erwerben, oder durch Wegfall des einen das ganze Vermächtniß allein dem andern erworben wird. Dies ist namentlich dann einleuchtend, wenn die Last auf das ganze Vermächtniß beider gelegt ist, beide Legatarien also auch in Ansehung dieser Auflage, wie in Ansehung ihres Vermächtnisses, als coniuncti erscheinen, z. B. wenn verfügt wäre: „Ich vermache dem A und B mein Haus, diese sollen aber schuldig sein, der C jährlich 100 zu zahlen." Und auf solchen Fall will Huschke die Bestimmung des §. 11 cit., daß der erledigte Vermächtnißtheil cum suo onere anwachse, beschränken [20]). Indessen kann doch diese beschrän-

der beiden nur eventuell vermacht haben wollen, und warum soll das ganze Vermächtniß nicht als eine Verfügung aufgefaßt werden des Inhalts, daß beide zusammen das Ganze erhalten sollen, selbstverständlich also, wenn sie beide das Legat erwerben, aber auch nur dann, jeder auf einen Theil beschränkt werde? Vgl. den Comment. Th. 46. S. 484. Windscheid a. a. O. Anm. 9. sagt in grellem Gegensatze gegen Puchta a. a. O.: „Wer eine Sache dem A und B vermacht, will für den Fall des Nichterwerbs des Einen entweder, daß der Andere nichts, oder daß er die Sache haben solle; denn vermacht hat er eben die Sache, nicht Theile der Sache." Aber sieht man auf den Willen, nicht blos auf die Worte, so muß man doch sagen: daß A und B jeder jedenfalls zum Theil die Sache haben soll, ist unzweifelhaft des Erblassers Wille, fraglich etwa, ob jedenfalls nur zum Theil.

20) A. a. O. S. 331. Anm.* Hätte der Testator z. B. gesagt: „A und B sollen meinen Garten haben und der letztere dem Maevius 100 zahlen," so würde, meint Huschke, nach Justinian's Meinung schwerlich die Portion des B cum onere anwachsen, wohl aber, wenn verfügt wäre: „A

kende Auslegung nicht als berechtigt zugelassen werden; es widerstreitet ihr der prägnante Ausdruck des Gesetzes: cum omni suo onere", und sie möchte auch leicht dem unverkennbaren Willen des Erblassers widersprechen. Man setze z. B. den Fall: „Ich vermache dem A und B mein Haus; A soll meinem treuen Diener C jährlich 100, B meiner Dienerin D jährlich 60 zahlen"; A fällt weg, B nimmt allein das Haus, das jährlich 4000 Miethe einträgt; der treue Diener soll leer ausgehen? Daß Justinian das nicht wollte, leuchtet vollends ein, wenn man vergleicht, was er für den Fall verordnet, wenn das mit einer Last beschwerte Vermächtniß ganz hinwegfällt und so dem mit diesem Vermächtniß beschwerten Erben oder sonstigen Vermächtnißträger bleibt [21]). Wenn nun hiernach der Collegatar den anwachsenden Vermächtnißtheil nur cum suo onere gewinnen kann, so begreift sich leicht, daß Justinian ihm denselben doch nicht wider Willen aufdrängen will, sondern ihm gestattet, das Anwachsende abzulehnen und sich mit dem, was ihm nach dem eigentlichen vollen Willen des Erblassers zunächst bestimmt schien, zu begnügen.

Für den zweiten Fall, wenn in getrennten Verfügungen Mehreren dasselbe vermacht ist, erklärt L. un. §. 11 cit. im weiteren Verlaufe Folgendes [22]):

und B sollen meinen Garten haben und dem Maevius 100 zahlen." Zur Unterstützung dieser Ansicht führt Huschke L. 30. 54. §. 1. D. de cond. et dem. 35. 1. an; aber vgl. dagegen unten Nr. 5.

21) L. un. cit. §. 4. 8. 9. vgl. oben S. 2. Anm. 2.

22) Dieses schließt sich an die in Th. 46. S. 503. 504. abgedruckten Worte des §. 11. cit. an. Dort aber ist S. 503. Z. 12 aus Versehen nach dem Worte habeat die Andeutung einer Lücke unterblieben, wodurch es den Anschein gewinnt, als ob der folgende Satz „Sin autem disiunctim fuerit relictum" unmittelbar an das Vorhergehende sich anschließe, während im Gesetze nach habeat zunächst erst der

Sin vero non omnes legatarii, quibus separatim res relicta sit, in eius acquisitionem concurrant, sed unus forte eam accipiat, haec solida eius sit, quia sermo testatoris omnibus prima facie solidum assignare videtur, aliis supervenientibus partes a prioribus abstrahentibus, ut ex aliorum quidem concursu prioris legatum minuatur. Sin vero nemo alius veniat vel venire potuerit, tunc non vacuatur pars, quae deficit, nec alii accrescit, ut eius, qui primus accepit, legatum augeri videatur, sed apud ipsum, qui habet, solida res maneat nullius concursu diminuta.

Hier wird für diesen Fall sehr deutlich, sogar mit unnöthiger Breite, das ius accrescendi anerkannt, ganz so wie es nach altem Recht bei dem Vindicationslegate stattfand: jedem ist die ganze Sache vermacht; nur concursu partes fiunt; ist dieselbe Sache dem A, weiterhin in besonderem Satze auch dem B vermacht, B aber erwirbt das Legat nicht, so wird dadurch der Vermächtnißtheil, der diesem, wenn er concurrirte, zukommen würde, eigentlich nicht vacant, er accrescirt nicht dem A, vermehrt nicht dessen Legat, dieses wird nur nicht vermindert, es decrescirt ihm nichts, weil der B nicht concursu partem facit, und wenn A das Legat erworben hat, als noch die Concurrenz des B zu erwarten stand, dann aber diese beseitigt wird, so ist dem A die ganze Sache erworben nullius concursu deminuta [23]). Justinian sagt dann weiter:

ganze oben S. 7. 8. abgedruckte Satz folgt, welcher das Anwachsungsrecht der re et verbis coniuncti bestimmt.

23) In diesem Fall kann man das ius accrescendi mit Fug als ius non decrescendi charakterisiren, als ein „Nichtabwachsungsrecht" (Windscheid §. 544. Nr. 1. a. E.). Hier wird dieser Charakter dem Anwachsungsrecht überhaupt beigelegt, wie von P. J. Heisler diss. de jure accres-

Et ideo, si onus fuerit in persona (personam) eius, apud quem remanet legatum, adscriptum, hoc omni modo impleat, ut voluntati testatoris pareatur. Sin autem ad deficientis personam (a def. persona) onus fuerit collatum, hoc non sentiat is, qui non alienum sed suum legatum imminutum habet.

Also: das accrescere, eigentlich ein non decrescere, tritt von selbst und nothwendig ein für den A, der das Legat erwirbt, aber auch sine onere, ohne die Verbindlichkeiten, die dem wegfallenden B auferlegt sind, wogegen A alles ihm Auferlegte zu leisten hat, so weit er dafür in dem ihm ganz zugefallenen Vermächtniß seine Deckung findet [24]). Die gesetzliche Bestimmung wird schließlich noch gerechtfertigt durch den Zusatz:

Sed et varietatis non in occulto sit ratio, quum ideo videtur testator disiunctim haec reliquisse, ut unusquisque suum onus, non alienum agnoscat; nam si contrarium volebat, nulla erat difficultas coniunctim ea disponere.

Ganz befriedigend aber, so scheint mir, ist diese Rechtfertigung nicht. Darf man voraussetzen, daß der Testator, welcher in getrennten Sätzen Mehreren dieselbe Sache vermacht hat, doch mit guter Ueberlegung seine ganze letzte Willensordnung übersehen habe, so mußte er doch auch in diesem Falle nicht weniger, als wenn er coniunctim Mehreren dasselbe vermachte, sich sagen, daß, wenn sein ganzer Wille Erfolg habe, jeder der Bedachten nur einen Theil

cendi in legatis semper non decrescendi. Halae 1759. Aber für das Justinianische Anwachsungsrecht der re et verbis coniuncti ist dies nicht mehr passend; dasselbe ist „kein reines ius non decrescendi" mehr. Puchta a. a. O.

24) So ist das „hoc omni modo impleat" zu verstehen; vgl. den Comment. Th. 47. S. 287. fg.

des vermachten Gegenstandes erhalten werde [25]), und nur das erscheint hier noch unzweifelhafter, als im anderen Fall, als Wille desselben, daß, wenn der eine das Vermächtniß nicht erwerbe, dem anderen das ganze Vermächtniß zukommen solle [26]). Wenn er aber dem einen oder andern etwas auferlegt hat, so liegt es doch auch hier nahe, es seinem Willen entsprechend zu finden, daß derjenige, dem das Wegfallen des anderen den Vortheil bringt, nun ohne Concurrenz das beiden Vermachte ganz zu erhalten, dann auch die dem Wegfallenden auferlegte Last mit zu übernehmen habe [27]). Daher wäre es legislativ nicht zu miß-

25) Es läßt sich nur etwa denken, daß in solchem Falle das Resultat der Concurrenz der verschiedenen mit demselben Vermächtniß bedachten Personen dem Erblasser minder gegenwärtig gewesen sei, als wenn er diese in einer Satzverbindung bedacht hat; namentlich dann, wenn die Vermächtnisse nicht in derselben letzten Willensordnung angeordnet sind.

26) Vorausgesetzt natürlich, daß in dem späteren Vermächtniß nicht eine translatio legati a persona in personam erkannt wird. L. 6. pr. D. de adimend. legat. XXXIV. 4.

27) Vgl. oben S. 16. Anm. 21. Auch Rudorff in d. Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. VI. S. 426. bezeichnet den Satz, daß dem collegatarius re tantum coniunctus sine onere accrescire, als „eine willkürliche Interpretation des Willens des Testators." Dagegen sucht ihn principiell zu rechtfertigen Huschke a. a. O. S. 331.: weil das onus — ein Verpflichtetwerden durch den Testator — eine persönliche Beziehung habe, und, wie L. un. §. 11. cit. a. E. sagt, der Testator, wenn er das onus auch dem Collegatar hatte auflegen wollen, coniunctim legirt und onerirt haben würde. Aber diese Rechtfertigung wäre nur treffend, wenn die oben S. 15. fg. widerlegte Meinung Huschke's richtig wäre. Gegen Justinian's Unterscheidung erklärt sich auch Machelard l. c. tom. VI. p. 214. sq., und auch schon A. Faber (errores pragmat. L. 3.) war gar nicht zufrieden damit. Vgl. Westphal II. §. 1061.

billigen, wenn gesetzlich bestimmt wäre, daß auch in diesem Falle das Anwachsungsrecht cum onere stattfinde [28]). Für das gemeine Recht aber steht nach Justinian's Verordnung, wie man auch darüber denken möge, die Regel fest:

Ist Mehreren Etwas in einer Satzverbindung vermacht, so accrescirt der Vermächtnißtheil eines wegfallenden den übrigen, wenn sie wollen, cum onere; ist Mehreren dasselbe in getrennten Sätzen vermacht, so erhalten, wenn einer wegfällt, die übrigen von selbst auch den Vermächtnißtheil, der ihnen durch jenen hätte entzogen werden können, und zwar sine onere.

Zur Erläuterung dieser Regel sind aber nun noch folgende Fragen zu beantworten:

1) Was ist als Gegenstand des Mehreren hinterlassenen Vermächtnisses zu denken, damit möglicher Weise ein Anwachsungsrecht bezüglich desselben statthaben könne? In dem erklärten Gesetze wird der Vermächtnißgegenstand bald nur ganz allgemein als aliquid derelictum bald als res relicta bezeichnet. Es ist aber kein Zweifel, daß das Gesetz auf Vermächtnisse des verschiedenartigsten Inhalts Anwendung findet, ohne Unterschied, ob dadurch nur eine Forderung gegen den Vermächtnißträger oder auch unmittelbar ein dingliches Recht gewährt wird, ohne Unterschied, ob eine bestimmte Sache, d. i. deren Eigenthum, Gegenstand des Vermächtnisses ist, eine Sache der Erbschaft oder eine fremde, oder ein theilbares dingliches Recht an derselben, wie der Usufructus, oder eine Summe Geldes oder Quantität anderer vertretbarer Sachen, oder eine nach der Gattung bestimmte Sache irgend welcher Art, oder eine

28) So nach österreich. Recht: bürgerl. Gstzb. §. 689. vgl. mit §. 563. Unger Erbrecht §. 63. Anm. 4. Darnach tritt zudem auch in jedem Falle die Anwachsung von selbst ein. Dagegen stimmt mit dem römischen Recht ganz überein das sächsische Gesetzb. §. 2431. 2432.

Gesammtheit, oder eine Forderung des Erblassers gegen einen Dritten u. s. w. Wesentlich aber ist, daß das Mehreren hinterlassene Vermächtniß seinem Gegenstande nach eins und dasselbe ist, ein Ganzes, das, wenn alle damit Bedachten erwerben, unter diesen sich theilt [29]). Theilung des Vermächtnisses in diesem Fall und Anwachsungsrecht, falls einer der Bedachten wegfällt, correspondiren einander. Daher kommt hier wieder in Betracht, was schon im Th. 46 S. 504. fg. in jener Beziehung ausgeführt worden ist. Demnach ist für Anwachsung kein Anlaß gegeben, wenn der Erblasser Mehreren nur je einen bestimmten Theil derselben Sache jedem vermacht hat; diese Vermächtnisse sind nicht eins ihrem Gegenstande nach; jeder Theil der Sache ist für sich ein anderer Gegenstand eines besondern Vermächtnisses, und wenn der eine der Honorirten sein Vermächtniß nicht erwirbt, so berührt dies die anderen gar nicht; das Wegfallen dieses einen Vermächtnisses gereicht nur dem damit Beschwerten zum Vortheil [30]). Unzweifelhaft ist dies, wenn der Erblasser z. B. dem A die eine, dann in getrenntem Satze dem B die andere Hälfte seines

29) Gai. II. §. 199. L. 3. pr. D. de usufr. accresc. VII. 2. So ist es nicht ein gemeinschaftliches Vermächtniß, wenn Mehreren je eine Sache derselben Gattung vermacht ist. L. 84. §. 12. D. de legat. I. Quibus ita legatum fuerit: ‚Titio et Maevio singulos servos do lego', constat, eos non concursuros in eundem servum, sicuti non concurrunt, quum ita legatur: ‚Titio servum do lego, Maevio alterum servum do lego.' Dies gilt auch dann, wenn den Legataren die Wahl unter den Sachen der genannten Art zusteht: §. 22. J. de legat. II. 20.; die der eine zuvorkommend gewählt hat, kann der andere eben nicht mehr wählen. — Ein Vermächtniß ist es auch nicht, wenn Mehreren dasselbe zur Last verschiedener Erben vermacht ist; vgl. unten S. 22. fg.

30) Vgl. den Comment. Th. 46. S. 480. 506.

Hauses vermacht hat; A und B sind hier in keinem Sinn coniuncti legatarii, nicht re coniuncti, weil jedem nur ein gesonderter Theil der Sache vermacht ist, nicht verbis coniuncti, weil beider Vermächtniß ohne Beziehung zu dem anderen angeordnet ist. Eine streitige Frage aber ist es, ob es sich eben so verhalte, wenn der Erblasser in einer Satzverbindung Mehreren dieselbe Sache mit ausdrücklicher Angabe, daß und wie sich diese unter sie theilen solle, vermacht hat, und diese Frage bedarf hier noch einer eingehenden Erörterung.

Die lex un. Cod. cit. spricht sich darüber nicht aus; der Meinungsstreit darüber ist nur durch andere Stellen der Justinianischen Rechtsbücher hervorgerufen und auf diese muß hier denn eingegangen werden. War eine Sache, eine Summe dem A und B ausdrücklich zu gleichen Theilen per damnationem vermacht, so war nach altem Recht kein Zweifel, daß von ius accrescendi keine Rede sein konnte; denn hier war dasselbe auch dann ausgeschlossen, wenn der Zusatz „zu gleichen Theilen" fehlte [31]). Aber auch wenn per vindicationem zweien dieselbe Sache mit demselben Zusatze vermacht war, obgleich hier, wenn er fehlte, unzweifelhaft ius accrescendi stattfand, wurde doch dieses nicht zugelassen, und zwar aus dem Grunde, weil hier nicht jedem die ganze Sache, sondern eben nur ein Theil derselben vermacht schien [32]). Dies ist deutlich anerkannt in L. 11 D. de usufructu accresc. VII. 2. (Pap. lib. II. definit.):

Cum singulis ab heredibus singulis eiusdem rei fructus legatur, fructuarii separati videntur non

31) Gai. II. §. 205. Ulpiani fragm. XXIV. 13. vgl. Th. 46. S. 481. Anm. 83.

32) Ueber den ähnlichen Fall bei der Erbeinsetzung vgl. Mühlenbruch im Comment. Th. 40. S. 111. fg. Dworzak a. a. O. S. 46. fg.

minus, quam si aequis portionibus duobus eiusdem rei fructus legatus fuisset; unde fit, ut inter eos ius accrescendi non sit,

wozu als L. 12. aus Ulpian's Werke ad Sabinum noch hinzugefügt wird:

quum alius ab alio herede usum fructum vindicet.

Wie dieses „vindicet" anzeigt, setzt die Stelle voraus, daß per vindicationem zweien der Ususfructus derselben Sache vermacht sei; wenn per damnationem, war ohnehin in jedem Fall das ius accrescendi ausgeschlossen; sie sagt nun, daß wenn zweien der Ususfructus „aequis portionibus" vermacht sei, jeder eben nur zu einem Theil den Ususfructus erhalte, und auch, wenn der eine wegfällt, des anderen Recht sich nicht auf die ganze Sache erstrecke [33]).

33) Man könnte etwa bezweifeln, daß Papinian in L. 11. cit. ein Vindicationslegat vor Augen gehabt habe, weil er den Fall setzt, daß jedem Legatar zur Last eines andern Erben vermacht sei, das legatum per vindicationem aber mit seiner Formel *do lego* die Erbschaft, nicht einen bestimmten Erben, belaste. Aber es ist gewiß, daß doch auch per vindicationem zur Last eines bestimmten Erben legirt werden konnte; vgl. Th. 47. S. 240. fg. An ein Damnationslegat kann Papinian nicht gedacht haben: Denn hätte der Testator z. B. gesagt: ‚Titius heres Maevio usumfructum fundi Corneliani dare damnas esto; Seius heres Sempronio usumfructum fundi Corneliani dare damnas esto', so hätten nach classischem Recht unzweifelhaft Maevius und Sempronius jeder eine Forderung auf den ganzen Ususfructus gehabt; Papinian aber nimmt, wie der folgende Vergleich zeigt, an, daß jeder Erbe nur pro parte sua hereditaria den Ususfructus abzugeben habe, was auch der Natur des Vindicationslegats entsprach. Nach Justinianischem Recht möchte man dagegen behaupten, daß in solchem Fall jeder Legatar Anspruch auf das Ganze habe, weil das verschiedenen Erben auferlegte Vermächtniß

Was aber hiernach bezüglich des ususfructus dolegolegatus Rechtens war und in der Digestenstelle schlechtweg ohne Rücksicht auf die Form des Vermächtnisses von jedem solchen Vermächtniß des Nießbrauchs einer Sache ausgesprochen wird, das mußte und muß eben so von dem Fall, wenn zweien dieselbe Sache, d. i. deren Eigenthum, vermacht ist, gelten. Also wenn z. B. verfügt war: „Titio et Seio hominem Stichum aequis portionibus do lego“, so bekommt Titius jedenfalls nicht mehr als zur Hälfte das Eigenthum des vermachten Sclaven, ob auch Seius das Legat erwerbe oder nicht [34]). Ein verwandter Fall kommt vor in L. 20. D. de legat. II. (Celsus lib. XIX. Dig.):

derselben Sache an verschiedene Personen nicht ein und dasselbe Vermächtniß sei. Vgl. oben Anm. 29.

34) Baumeister das Anwachsungsrecht unter Miterben S. 191. fg., versucht darzuthun, daß bei dem Satze der L. 11. cit. „non minus quam si“ etc. nicht an den Fall einer verbis coniunctio, wie hier angenommen ist, zu denken sei, so wie auch in dem vorhergehenden Satze „cum singulis“ etc. davon keine Rede sei; vielmehr sei dort der Fall so zu denken, daß zweien separatim der Ususfructus derselben Sache, jedem zu gleichem Theil vermacht sei. Aber diese Auslegung ist entschieden zu verwerfen, weil darnach Papinian's Vergleichung der beiden Fälle eigentlich gar keinen Sinn mehr hätte. Sollte durch diese die Behauptung, daß im ersterwähnten Fall ein Anwachsungsrecht nicht stattfinde, bestärkt werden, so müßte doch zum Vergleich nur ein solcher Fall gewählt werden, wo ungeachtet des Scheins, den eine gewisse Verbindung der Legatare erzeugen könnte, das ius accrescendi zweifellos wegfiel; ein solcher Fall aber war der nicht, wenn in getrennten Sätzen zweien je zu einem bestimmten, gleichen oder ungleichen, Theile der Ususfructus derselben Sache vermacht war, wohl aber, wenn gesagt war: „Titio et Seio aequis portionibus usumfructum do lego;“ und auf solchen Fall weisen auch Papinian's Worte zunächst hin. Vgl. oben S. 21. Anm. 29. u. L. 89. D. de legat. III. Dworzak a. a. O.

Et Proculo placebat et a patre sic accepi: quod servo communi legatum sit, si alter dominorum omitteret, alteri non accrescere; non enim coniunctim, sed partes legatas; nam ambo si vindicarent, eam quemque legati partem habiturum, quam in servo haberet.

War eine Sache einem Sclaven vermacht, der zwei Herren gehörte, so konnte jenem selbst wohl das ganze Legat erworben werden, wenn er ante diem legati cedentem die Freiheit erlangt hatte [35]; wenn er aber die legati cedente im Eigenthum mehrerer Herrn sich befand, so fiel das Vermächtniß von selbst diesen zu, und zwar jedem derselben zu dem Theile, zu welchem er Miteigenthümer des Sclaven war. Wenn nun der eine der beiden Herren das Legat zu seinem Theil ablehnte, so sollte nach L. 20. cit. dessen Theil doch nicht dem andern accresciren, da nicht beiden das Ganze vermacht war, sondern durch Vermittelung des Sclaven jedem nur der seinem Antheil an dem Eigenthum entsprechende Theil des dem Sclaven Vermachten zukam. Indessen ist es nicht unwahrscheinlich, daß über diesen Punct die Sabinianer anderer Meinung waren. Celsus nennt als Autorität für seinen Satz den Proculus und seinen Vater, den älteren Juventius Cel-

S. 45. — Eine andere Auslegung versuchte Donellus (comment. iur. civ. VII. cap. 13. §. 21.: Die Worte „aequis portionibus" seien nicht zu verstehen als gleiche Antheile der beiden Legatare am Usufructus, sondern auf die Erbtheile der belasteten Erben zu beziehen, so daß jedem Legatar zu gleichem (d. i. demselben) Theil der Ususfructus vermacht sei, zu welchem der zu seinen Gunsten belastete Erbe zum Erben eingesetzt sei. Nur die Noth, eine unrichtige Ansicht zu retten, konnte den berühmten Rechtslehrer veranlassen, zu einer so gezwungenen Erklärung seine Zuflucht zu nehmen. Vgl. die folgende Anm. 37.

35) Vgl. den Comment. Th. 46. S. 439. fg.

sus, der wie er selbst zu den Proculianern gehörte; dagegen ist uns durch Ulpian eine Ansicht des Sabinianers Julianus überliefert, welche, etwa von dem Gesichtspunct aus, daß doch dem Sclaven das Ganze vermacht war, eine andere Entscheidung zu billigen scheint, jedoch freilich nur den Fall vor Augen hat, wenn dem Sclaven zweier Herren der Ususfructus einer Sache vermacht war, wobei die Beziehung dieses Rechts auf die Person des Sclaven von Einfluß war [36]).

Bedeutende Zweifel aber gegen den Satz, daß unter den mit ausdrücklicher Theilangabe mit dem Vermächtniß einer Sache zusammen bedachten mehreren Personen das ius accrescendi nicht statthabe, hat ein Fragment von Paulus erregt, das, aus dessen libro VI. ad legem Juliam et Papiam entnommen, als L. 89. D. de legat. III. in die Digesten aufgenommen ist. Dasselbe unterscheidet zuerst:

Re coniuncti videntur, non etiam verbis, quum duobus separatim eadem res legatur; item verbis, non etiam re: *Titio et Seio fundum aequis partibus de lego,* quoniam semper partes habent legatarii.

So weit bietet die Stelle durchaus keine Schwierigkeit; der letzte Satz bestätigt vielmehr vollkommen, was oben als Regel aus L. 11. D. de usufr. accresc. VII. 2. entnommen wurde, und die zu Anfang genannten re, non verbis, coniuncti sind eben diejenigen, welchen in L. un. §. 11. Cod. cit. recht eigentlich das Anwachsungsrecht als

36) L. 4. §. 1. D. de usufr. accresc. VII. 2. Vgl. Glück im Comment. Th. 9. S. 265. fg. Dies wird jetzt bestätigt durch die fragm. Vat. §. 75., welche Ulpian's in L. 4. §. 1. cit. sehr abgekürztes Fragment vollständiger enthalten. Dworzak a. a. O. S. 49. Vgl. unten §. 1524. a. unter Nr. 3.

ius non decrescendi beigelegt ist. Aber die Stelle fährt fort:

Praefertur igitur omnimodo ceteris, qui et re et verbis coniunctus est; quodsi re tantum coniunctus sit, constat non esse potiorem; si vero verbis quidem coniunctus sit, re autem non, quaestionis est, an coniunctus potior sit. Et magis est, ut et ipse praeferatur.

Die Ueberschrift des Fragments zeigt zwar, daß dasselbe im Zusammenhang gestanden mit einer Erörterung über die caducorum vindicatio nach der lex Papia; man glaubte aber im Justinianischen Rechte dasselbe auf das ius accrescendi beziehen zu müssen, weil die Aufhebung der caducorum vindicatio schon zur Zeit der Publikation der Digesten beschlossen und in diesen sonst darauf Bezügliches aufzunehmen vermieden war. Auf Grund desselben wurde denn von Vielen die Meinung vertheidigt, daß auch die nur verbis coniuncti legatarii das ius accrescendi haben, wenigstens in dem Falle, wenn ihnen zu gleichen Theilen dieselbe Sache vermacht ist [37]), nicht auch dann, wenn in einem Satze Mehreren verschiedene Theile derselben Sache vermacht sind [38]). Doch wurde ungeachtet der L. 89. cit. schon von manchen älteren Juristen

37) Donelli comment. VII. cap. 13. §. 8. 9. 15. sqq. Vinnii comment. ad Instit. ad §. 8. J. de legat. II. 20. Huber praelect. ad Inst. lib. II. tit. 20. Nro. 22 sq. ad Dig. lib. VII. tit. 2. Lauterbach colleg. theoret. pract. ad Dig. lib. XXX. §. 67. sq. Stryck usus mod. lib. VII. tit. 2. §. 2. und viele andere, vgl. M. S. Mayer, d. Lehre v. dem Erbrechte I. S. 96. fg. Dworzak a. a. O. S. 51. Anm. 33.

38) Auch in diesem Fall behaupteten Manche ein ius accrescendi der verbis coniuncti. z. B. Schilter, praxis iur. rom. exercit. XVII. §. 57. 58. Hellfeld iurisprud. for. §. 1498. cf. §. 1524. u. A.

das Anwachsungsrecht der blos verbis coniuncti bestritten [39]). Das richtige Verständniß der L. 89. cit. wurde nun erst durch die Entdeckung der ächten Institutionen des Gaius ermöglicht [40]), welche bezeugen, daß die lex Papia in Ansehung der caducae partis vindicatio den coniunctis legatariis ausdrücklich vor den heredes patres den Vorzug gegeben hat, und daß diese Bestimmung des Gesetzes von Vielen (plerisque) so ausgelegt worden ist, daß es dabei keinen Unterschied mache, ob per vindicationem oder per damnationem Mehreren dieselbe Sache vermacht sei, obgleich doch im letzten Falle, wenn nehmlich in einem Satze Mehreren dasselbe per damnationem vermacht war, die Legatarien nur verbis coniuncti waren (partes ab initio fiebant), daß es also in jener Beziehung wesentlich nur auf die verbis coniunctio ankomme. Dieser Auslegung nun hat Paulus in L. 89. cit. sich angeschlossen, obgleich auch er sie noch als fraglich bezeichnet („quaestionis est"), während er dem re et verbis coniunctus jenen Vorzug vor den übrigen unbedingt (omnimodo) zuspricht, dem blos re coniunctus ihn unbedingt abspricht [41]). Darnach wird denn zugegeben, daß

39) So namentlich von Faber error. pragmat. XLIX. 4. 7—9. coniecturae iur. civ. VI. cap. 1. Zoesius comment. ad Dig. VII. 2. Voet ad Dig. lib. XXX—XXXII. §. 64. Cocceji ius civ. controv. lib. XXX — XXXII. Anhang über das ius accrescendi. Hofacker ius civ. II. 2. §. 1524. Westphal Verm. II. §. 1068.

40) Darauf machte zuerst Hugo aufmerksam in seiner Geschichte des R. Rechts 7. Aufl. S. 539. 11. Aufl. S. 764. Er bemerkt hier, daß so durch Gai. II. 206—208. eine Vermuthung Bynkershoek's bestätigt werde. Worauf sich das beziehe, ist mir unerfindlich. In Bynkershoek's opera omn. l. c. wird L. 89. cit. nur in Beziehung auf das ius accrescendi erklärt.

41) Das „omnimodo" ist nicht gerade nothwendig, wie in

ein ius accrescendi nach vorjustinianischem Recht, und auch noch nach dem Recht der Digesten dem blos verbis

Th. 36. S. 491. geschehen, so zu deuten, daß der re et verbis coniunctus collegatarius vor dem blos verbis coniunctus den Vorzug in vindicanda parte caduca habe; es kann auch so viel heißen als „unbestritten," „jedenfalls," im Gegensatz gegen das nachfolgende „quaestionis est." Huschke a. a. O. S. 324. Zu verwundern aber ist, daß dieser erklärt, sich kein Verhältniß denken zu können, in dem ein re et verbis mit einem blos verbis coniunctus concurrirte. Wie denn? wenn verfügt war: fundum pro dimidia parte Titio et Seio, pro dimidia Sempronio do lego"? soll hier nicht, wenn Seius wegfiel, Titius vor Sempronius, wenn Titius und Seius wegfielen, Sempronius vor anderen patres den Vorzug gehabt haben? — Mühlenbruch im Comment. Th. 43. S. 326. bezweifelt übrigens ungeachtet der Notiz bei Gai. II. §. 208. und ungeachtet der Inscription der L. 89. cit. noch, daß diese sich nur auf die caducorum vindicatio bezogen habe, und vertheidigt S. 330. fg. eine Erklärung derselben, wornach sie auch mit dem alten Anwachsungsrecht in völligem Einklang stände. Aber diese Erklärung hat mit Recht als höchst gezwungene keinen Beifall gefunden. Mühlenbruch stützt sich dabei auf eine unzweifelhaft falsche Erklärung des auf verbis coniuncti bezüglichen Satzes: quoniam semper partes habent legatarii; er findet darin ausgesprochen, daß die nur wörtlich Verbundenen stets auf den ihnen angewiesenen Theil beschränkt bleiben, diesen also sowohl das Anwachsungsrecht als die caducorum vindicatio nicht zukomme. Aber jener Satz soll offenbar nur erklären, warum diejenigen, welchen dieselbe Sache ausdrücklich „aequis partibus" legirt ist, nur verbis, nicht re, coniuncti sind. Vgl. oben S. 22. Auch Burchardi hat in seinem Lehrb. des röm. Rechts §. 372. Not. 20. die Beziehung der L. 89. cit. auf die caducorum vindicatio bezweifelt, später aber zugegeben, daß sie nur darauf sich beziehe. Bekker's u. Muther's Jahrb. d. gemeinen Rechts V. S. 21. fg.

coniunctus legatarius nicht zukam, vielmehr bis zu Justinian's L. un. Cod. cit. noch als Regel galt: partibus collegatariorum a testatore adiectis cessare ius accrescendi in legatis. Nach dieser Constitution aber behaupten dennoch Viele, daß auch dem blos verbis coniunctus legatarius das Anwachsungsrecht zustehe, und die angeführte Regel als beseitigt anzusehen sei.

Justinian, sagt man, habe nicht einfach das alte ius accrescendi bei Legaten hergestellt, sondern dasselbe in Ausdehnung auf alle Arten von Vermächtnissen neu bestimmt und zwar mit Rücksicht auf das, was bisher nach der lex Papia Poppaea bezüglich der caducorum vindicatio Rechtens gewesen. So wie er davon in sein Gesetz herübergenommen habe, daß collegatarii verbis coniuncti nur, wenn sie wollen, und dann immer cum onere, auch den freigewordenen Vermächtnißtheil erwerben sollen, so habe er auch vor allem den Fall in's Auge gefaßt, wenn Etwas Mehreren gemeinschaftlich in einem Satze vermacht sei, den Fall einer verbis coniunctio in dem Sinne, wie sie früher in Betreff der caducae partis vindicatio ein Vorzugsrecht gegeben habe, und nur für den Fall, wenn Mehreren in getrennten Verfügungen dasselbe vermacht sei, habe er das ius accrescendi, so wie es früher beim Vindicationslegat bestand, anerkannt. Auf diese Weise glaubt man denn auch noch eine praktische Bedeutung für die L. 89. cit. gewonnen zu haben, welche sonst schon in die Digesten nicht hätte aufgenommen werden dürfen [42]). Allein

42) Holtius in der Themis ou biblioth. du jurisconsulte tom. IX. pag. 560. sqq. Rudorff in d. Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. VI. S. 426. Mayer Erbr. a. a. O. Recht der Anwachsung S. 215. fg. K. Witte in Weiske's Rechtslexikonn I. S. 319. fg. Huschke a. a. O. S. 327. fg. Mühlenbruch Lehrb. 4. Ausg. III. §. 390. Die L. un. §. 11. cit. wird wohl geradezu so aufgefaßt,

dieser Ansicht steht entgegen, daß sie unter Benutzung historischen Materials in Justinian's Constitution etwas hineinlegt, wovon in dieser nicht im Mindesten auch nur eine Spur zu entdecken ist. Dieselbe unterscheidet in §. 10. und 11. coniunctim und disiunctim eben so wie §. 8. J. de legat. nur in dem Sinn, ob eine Erbeinsetzung mehrerer Personen oder ein Vermächtniß für mehrere in einer Satzverbindung (unitas sermonis) angeordnet ist, oder in getrennten Sätzen (separatim, sermone discretis); unter coniunctio wird also allerdings eine verbis coniunctio verstanden. In §. 11. dann wird, was Vermächtnisse betrifft, zuerst für den Fall, wenn Mehreren in diesem Sinn coniunctim etwas vermacht ist, das Anwachsungsrecht bestimmt, und dieser Fall wird einfach angegeben mit den Worten: „Ubi .... plures sunt, quibus *aliquid* relictum sit, si quidem *hoc* coniunctim relinquatur". Nun ist aber kein Zweifel, daß dieses aliquid, dieses hoc nicht etwas ganz Verschiedenes für die einzelnen Vermächtnißnehmer sein darf, daß ein idem aliquid vorausgesetzt wird; es fällt Niemanden ein, ein Anwachsungsrecht anzunehmen, wenn in einem Satze dem A und dem B jedem ein anderes Haus, jedem eine bestimmte Summe Geldes vermacht ist. Dem Begriff nach ist nun dasselbe Etwas auch nicht ein und ein anderer Theil derselben ganzen Sache,

als habe Justinian zunächst das Recht der verbis coniuncti bezüglich der caducorum vindicatio aufrecht erhalten, nur unter dem Namen des Accrescenzrechts, das in seinem eigentlichen Sinn nur für die blos re, nicht verbis coniuncti statthabe. So sagt Witte a. a. O. S. 320.: „Im Uebrigen beruft der Kaiser zuvörderst zur caducorum vindicatio, und demnächst erst zum Accrescenzrechte. Sind nehmlich Collegatare vorhanden, die mit dem Ausgefallenen in dem gleichen Redesatze verbunden sind, so wird diesen die Accrescenz mit gleichem Rechte wie sonst die caducorum vindicatio angeboten."

weder ein und ein anderer reeller Theil, z. B. die nördliche und die südliche Hälfte eines Grundstücks, noch auch ein und ein anderer intellektueller Theil (pars pro indiviso), z. B. $1/3$ und $2/3$ des Grundstücks, auch nicht die eine und die andere Hälfte desselben. Demnach berechtigt die L. un. §. 11. cit. nach ihrem Wortinhalt nicht, in dem Falle, wenn in einem Satze dem A und dem B je $1/2$ derselben Sache vermacht ist, dem A, wenn B wegfällt, ein Recht auf die ganze Sache zuzusprechen: und dieser Fall ist wesentlich kein andrer, als wenn der Erblasser dem A und B dieselbe Sache mit dem ausdrücklichen Beisatze „zu gleichen Theilen" vermacht hat [43]).

In solchem Fall kann aber doch die Willensmeinung des Erblassers die gewesen sein, den genannten Personen vor allen anderen die ganze Sache zu hinterlassen und nur für den Fall ihrer voraussichtlichen Concurrenz die Theile zu bestimmen. Und das ist es eigentlich, was diejenigen, welche nach Justinian's Constitution auch den verbis coniuncti das Anwachsungsrecht zuschreiben, als Regel behaupten wollen, d. h. mit anderen Worten, sie behaupten, daß die in einem Satze mit Angabe von Theilen zu einer Sache berufenen Vermächtnißnehmer nicht blos als verbis coniuncti anzusehen, sondern in Wahrheit re et verbis coniuncti seien und als solche denn auch das ius accrescendi haben [44]). Von diesem Standpunct aus vertheidigt

43) Vgl. Windscheid Pand. §. 644. Anm. 13. „ein Gegenstand zu einem Theil ist nichts Anderes als ein Theil des Gegenstandes."

44) So deducirt Donellus (comment. VII. cap. 13. §. 15. sqq.) ausführlich, daß die verbis tantum coniuncti, diejenigen nehmlich, welchen nach L. 89. cit. eadem res aequis partibus vermacht ist, in der That auch re coniuncti seien; eben so Vinnius zu §. 8. J. de legat. II. 20. §. 17. u. a., und darauf kommen auch die Neueren,

neuerlich Burchardi das Anwachsungsrecht in dem fraglichen Falle [45]). Er gibt zu, daß vor der L. un. Cod. cit. der Angabe von Theilen die Wirkung beigelegt worden sei, das Anwachsungsrecht auszuschließen. Aber er erkennt darin nur eine Regel des älteren Rechts, durch welche, um alles unsichere Fragen nach dem vermuthlichen Willen des Erblassers zu beseitigen, eine Präsumtion aufgestellt sei, daß der Erblasser, indem er der Theile erwähnt, den mehreren Legataren nicht die genannte ganze Sache, sondern jedem für sich nur den ihn treffenden Theil derselben vermachen wollte, eben so als wenn er jedem einzelnen in selbständiger Verfügung ausdrücklich nur einen bestimmten Theil derselben vermachte, daß also die mehreren Legatare gar nicht re coniuncti, nicht wahrhaft Collegatare, nur, weil in einem Satze bedacht, verbis coniuncti seien. Und diese „alte Regel der römischen Juristen“ findet er an sich „nicht einmal natürlich“; denn, wenn der Testator eine gewisse Sache oder Quantität zunächst schlechthin vermacht und dann erst die gleichen oder ungleichen Theile, welche die Collegatare haben sollen, angegeben habe, so sei es willkürlich, aus der angehängten Theilbestimmung zu folgern, daß der Testator dennoch mehrere selbständige Vermächtnisse habe anordnen wollen. Bei Legaten, sagt er, möchte ein solcher Schluß allenfalls die innere Wahrscheinlichkeit für sich gehabt haben, weil diese nur in befehlenden Worten angeordnet werden konnten, mithin auch eine Theilbestimm-

die ein ius accrescendi der verbis coniuncti behaupten, hinaus; daß es auch denjenigen zukomme, denen in demselben Redesatz Verschiedenes vermacht ist, will doch Niemand behaupten, und selbst wenn in unmittelbarem Zusammenhange ausdrücklich und positiv nur Theile einer Sache oder sonst eines Gegenstandes Mehreren vermacht sind, will es nicht behauptet werden.

45) In Bekker's und Muther's Jahrb. Bd. V. Nr. 1.

ung stets einen Befehl enthielt. Zu Justinian's Zeit aber sei man längst durch die Fideicommisse an eine eben so freie Ausdrucksweise in der Anordnung von Vermächtnissen gewöhnt gewesen, wie heutzutage, wo höchstens die Bestimmung ungleicher Theile den Gebrauch gebietender Ausdrücke erfordere, sonst aber ohne Zweifel eben so oft vorkomme, daß der Testator die Theile der Collegatare in erlaubender Form angebe oder gar nur als etwas sich von selbst Verstehendes hinwerfe. Daher sei es denn ganz recht gewesen, bei der neuen Normirung des Accrescenzrechts die besagte alte Regel bei Seite zu setzen und ohne Rücksicht darauf das Accrescenzrecht zuzulassen. Dies nun, so behauptet Burchardi, sei durch Justinian's L. un. Cod. l. c. geschehen. Durch dieses Gesetz sei das Accrescenzrecht durchgreifend für alle Fälle neu geordnet worden; hätte Justinian dabei die alte Regel bestehen lassen wollen, so hätte er das ausdrücklich erklären müssen; da er dies nicht gethan, so sei dieselbe stillschweigend beseitigt als unvereinbar mit der neuen Justinianischen Regel, daß das Accrescenzrecht immer stattfinde, wenn Mehrere, sei es coniunctim oder disiunctim, zu einem und demselben Vermächtniß berufen sind. So soll denn nach L. un. cit. schlechterdings die Regel gelten, daß ungeachtet der Theilangabe das Mehreren Vermachte als ein gemeinschaftliches Vermächtniß anzusehen und Anwachsungsrecht dabei zulässig sei, ausgenommen allein den Fall, wenn der Erblasser ausdrücklich das Gegentheil erklärt habe, und zwar soll diese Regel nicht nur dann gelten, wenn Mehreren coniunctim, sondern auch, wenn ihnen disiunctim dasselbe vermacht und nur nebenbei angegeben ist, wie sich das Vermächtniß unter ihnen theilen solle.

Diese ganze Ausführung Burchardi's ist aber durchaus unhaltbar. Verfehlt ist vorerst schon die Bezugnahme auf den älteren Unterschied zwischen Legaten und Fideicom-

missen. Schon den classischen Juristen waren die letzten als Vermächtnisse freiester Ausdrucksweise bekannt und geläufig; dennoch behandelten sie diese in der fraglichen Beziehung eben so wie das Damnationslegat; war durch Fideicommiß dem A und B eine Sache oder Summe ausdrücklich zu gleichen Theilen vermacht, so konnte von einem Anwachsungsrecht gar nicht die Rede sein, da ein solches sogar dann nicht stattfand, wenn der Zusatz „zu gleichen Theilen" fehlte. Der Unterschied zwischen befehlender und freierer Ausdrucksweise des Vermächtnisses war hier ganz ohne Einfluß [46]). Aber auch bei dem Vindicationslegat kann aus dem Befehlscharakter desselben nicht erklärt werden, daß durch die Theilangabe das ius accrescendi ausgeschlossen wurde. Die üblichste Formel desselben war „do lego"; wenn nun, falls verfügt war: „Titio et Seio aequis partibus fundum do lego", ein ius accrescendi nicht angenommen wurde, während ohne den Zusatz „aequis partibus" dasselbe unzweifelhaft eintrat, so kann das nur daher erklärt werden, daß man jene Verfügung so auffaßte, als hätte der Testator gesagt: Titio partem dimidiam fundi, Seio alteram partem dimidiam eiusdem fundi do lego"; der befehlende Charakter des Legats hat damit gar nichts zu schaffen. Wenn nun zur Zeit der Abfassung der Digesten diese Auffassung noch herrschte, wenn sie selbst in den Digesten noch Aufnahme gefunden und zwar hier ohne Beschränkung auf das Vindicationslegat, nachdem die alten Unterschiede schon beseitigt waren [47]), so war man gewiß mehr berechtigt zu verlangen, daß dieselbe, wenn sie ferner nicht mehr gelten sollte, ausdrücklich verworfen werde, als umgekehrt, im anderen Fall, daß sie ausdrücklich aufrechterhalten und bestä-

46) Vgl. den Comment. Th. 46. S. 480. fg. 483. Anm. 88.
47) Vgl. oben S. 6.

tigt werde. Allerdings wenn sie wirklich unvereinbar mit dem neuen Gesetze wäre, so müßte sie aufgegeben werden, obgleich nicht ausdrücklich verworfen, und auch die sie noch bestätigenden Digestenstellen würden nichts dagegen vermögen. Aber hier erscheint eine zweite schwache Seite in Burchardi's Ausführung. Mit Recht verwahrt er sich dagegen, daß er auch dem blos verbis coniunctus das Accrescenzrecht beilegen wolle; mit Recht setzt er für dieses als wesentlich voraus, daß die mehreren Personen zu einem und demselben Vermächtniß berufen (re coniuncti) seien; ja er gibt selbst an, daß es an dieser Voraussetzung mangele, wenn verschiedenen Personen eine pars quota oder quanta einer bestimmten Sache oder Quantität vermacht ist; er faßt das aliquid pluribus relictum richtig als idem aliquid auf und erkennt es richtig, daß ein Theil und ein anderer Theil nicht idem sind. Nun ist aber gerade das in Frage, ob der Erblasser, wenn er mit Angabe von Theilen Mehreren etwas vermacht hat, allen dasselbe Ganze vermacht haben wolle, so daß die angegebene Theilung nur im Fall der Concurrenz aller stattfinde, und kann begreiflich ist es, wie man diese Frage durch die L. un. cit. gegen die Digesten klar und bestimmt entschieden halten kann, wo doch ebensowohl wie in L. un. cit. eadem res als Gegenstand des Vermächtnisses an Mehrere gedacht ist. Man kann auch nicht mit Burchardi sagen, die Sache oder Quantität sei „schlechthin" den Mehreren vermacht, wenn sogleich dabei angegeben ist: nach welchem Theilungsmaßstabe; wollte man aber darauf Gewicht legen, daß zuerst der Gegenstand allen vermacht und dann erst die Theile für die einzelnen bestimmt seien, so müßte man consequent unterscheiden, ob der Testator z. B. verfügt hätte: „Ich vermache mein Haus dem A und B zu gleichen Theilen," oder: „Ich vermache zu gleichen Theilen dem A und dem B mein Haus", das Accrescenz-

recht im ersten Falle zulassen, im zweiten Fall ausschließen. Und fragt man ferner nach dem wahrscheinlichen Willen des Erblassers in solchem Fall, so kann man mit gutem Grunde sagen: die Wahrscheinlichkeit spreche dagegen, daß der Erblasser dem A oder dem B eventuell das Ganze zugedacht habe; denn, wenn er dies wollte, warum fügte er dann hinzu „zu gleichen Theilen“? daß, wenn beide das Legat erwerben, jeder nur die Hälfte erhalte, das verstand sich ja von selbst.

Setzt man aber den Fall, daß der Testator dem einen und dem anderen ungleiche Theile des Vermächtnißgegenstandes bestimmte, dann mußte er dies freilich aussprechen; dann ist aber gerade gar nicht wahrscheinlich, daß er dennoch eventuell jedem das Ganze zugedacht habe, wenn er dies nicht ausdrücklich verordnet hat. An solchen Fall hat übrigens der Verfasser der L. un. cit. offenbar gar nicht gedacht; denn §. 11. sagt ausdrücklich, daß, wenn alle das Legat erwerben, jeder einzelne das Vermachte pro sua portione erhalte, wenn aber einer ausfalle, dessen Theil den andern allen, si habere maluerint, pro virili portione accrescire, setzt also gewiß voraus, daß alle zu gleichen Theilen bedacht seien[48]). Demnach kann für den

48) Vgl. Windscheid Pand. §. 644. Anm. 13. — Witte a. a. O. findet in den angeführten Worten einen Beweis, daß das Recht der verbis coniuncti eigentlich nicht Accrescenzrecht, sondern caducorum vindicatio sei. „Jeder“, sagt er, „hat einen Anspruch, nicht nach Verhältniß seines Antheils am Legate, sondern pro virili portione“, wie es bei der caducorum vindicatio der verbis coniuncti der Fall gewesen. Aber in den Justinianischen Rechtsbüchern ist nirgend angedeutet, daß die caducorum vindicatio den berechtigten Vätern pro virili portione zukam, und davon, daß dieselbe vor andern dem collegatarius coniunctus und so auch dem blos verbis coniunctus, der Kinder hatte, zustand, findet sich nur in L. 89. D. de legat. III. eine Spur, die ohne Gai. II. 207. 208. nur mit ungewöhnlicher

Fall ungleicher Theilbestimmung aus L. un. §. 11. cit. durchaus nicht gefolgert werden, daß ungeachtet derselben ein ius accrescendi statthabe.

Aber auch für den Fall der Angabe gleicher Theile berechtigt sie, wie oben dargethan, nicht im Mindesten zur Aufstellung der von Burchardi vertheidigten Regel: daß die Theilangabe nur auf den Fall der Concurrenz aller Collegatare zu beziehen, im anderen Fall aber trotz derselben ein ius accrescendi anzuerkennen sei, wo nicht der Erblasser ausdrücklich anders verfügt hat.

Als Regel muß hiernach vielmehr aufgestellt werden: Wenn ein Gegenstand Mehreren ausdrücklich zu gleichen oder ungleichen Theilen vermacht ist, so findet im Zweifel Anwachsungsrecht nicht statt [49]). Allerdings aber ist im

Divinationsgabe vermuthungsweise darauf gedeutet werden konnte. Vgl. oben S. 28. Da ist es nun doch höchst unwahrscheinlich, daß Justinian im Hinblick auf jenes besondere Recht der legatarii coniuncti patres eine Accrescenz für alle legatarii verbis coniuncti nach Kopftheilen statuiren wollte, auch wenn ihnen verschiedene Antheile am Legat angewiesen wurden, im Widerspruch mit dem, was §. 10. bezüglich des Accrescenzrechts der Erben festsetzt.

49) Damit stimmt denn auch die Mehrzahl der Neueren überein: Roßhirt Vermächtnisse I. S. 603 fg. Mühlenbruch in dem Comment. Th. 43. S. 333. fg. (gegen sein Lehrb. §. 790.), Machelard in der révue historique tom. VI. p. 201. suiv., Dworzak a. a. O. S. 73. fg. Glasson p. 104. suiv., sodann die Lehr- und Handbücher des Pandektenrechts von Thibaut §. 996. Wening-Ingenheim §. 524. Mackeldey §. 715. Schweppe V. §. 917. Seuffert §. 621. Göschen §. 1051. Puchta §. 542. Sintenis III. §. 213. Anm. 34. 35. Vangerow §. 547. Anm. 2. Brinz 1. Aufl. S. 956. Windscheid §. 644. Anm. 13. Baron §. 443. Serafini istituzioni §. 219., auch Vering Erbr. S. 729. Tewes Erbr. II. §. 97. Unger österr. Erbr. §. 63. Anm. 5. Vgl. auch

einzelnen Falle darauf zu achten, ob nicht aus der Fassung und dem ganzen Zusammenhange der Vermächtnißverfügung in Verbindung etwa mit besonderen Umständen als Wille des Erblassers mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu erkennen sei, daß allen zusammen das Ganze vermacht sein solle und die Theilangabe nur auf den Fall der wirklichen Concurrenz aller berechnet sei. Gegen solche Erforschung des vermuthlichen Willens des Erblassers zeigt Burchardi a. a. O. eine übertriebene Antipathie; ist doch den römischen Juristen die voluntatis quaestio bei letztwilligen Verfügungen vor allem wichtig erschienen, und haben sie derselben immer mehr Raum gegeben, wie sich das Recht der Vermächtnisse durch den Einfluß der Fideicommisse freier entwickelte [50]).

In L. 15. §. 1. D. de legat. I. aus Pauli lib. III. ad Sabinum lesen wir:

Si quis unam summam filiabus legaverit, ut etiam de postuma sentiret, si ea non est nata, superstiti solidum debebitur.

Damit stimmt überein, was nach L. 16. §. 2. eod. Pomponius lehrte:

Holzschuher Theorie und Casuistik II. S. 1080. fg. (3. Aufl.). Daselbst S. 1084. fg. führt jedoch der Herausgeber Kuntze in einem Nachtrag die Hauptsätze Burchardi's mit stillschweigender Billigung an, und eben so in seinem Cursus der Institutionen II. S. 573.

50) L. 12. D. de R. J. 50. 16. In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur. Vgl. L. 64. D. de legat. II. L. 14. D. de annuis legat. XXXIII. 1. L. 3. 7. 9. pr. D. de trit. leg. XXXIII. 6. L. 18. §. 3. D. de instr. leg. XXXIII. 7. L. 6 §. 2—4. D. de pecul. leg. XXXIII. 8. L. 25. pr. D. ad Sc. Trebell. XXXVI. I. Roßhirt I. S. 244. 288. 336. fg. und den Comment. Th. 46. S. 156. fg. 174. 212. 374. 497. fg. 514. Anm. 28. Th. 47. S. 268. fg. 406. fg.

Si Titio et postumis legatum sit, non nato postumo totum Titius vindicabit.

Mögen die genannten Juristen hier ein Vindications- oder ein Damnationslegat vorausgesetzt haben, ihre Entscheidung war in beiden Fällen richtig, obwohl bei dem letzten nach dem Recht ihrer Zeit die Regel galt: damnatio partes facit. Da es ungewiß ist, ob ein Postumus geboren werde, so wird der Wille des Testators so ausgelegt, daß eben nur, wenn dies der Fall ist, durch dessen Concurrenz der Collegatar auf einen Theil des Vermachten eingeschränkt werden solle. Und Pomponius fährt fort:

Sed et si testator Titio et postumis viriles partes dari voluisset vel etiam id expressisset, totum legatum Titio debetur non nato postumo.

War einfach „Titio et postumis" per vindicationem legirt, so konnte die Frage entstehen, ob nicht Titius jedenfalls die Hälfte, mehrere postumi nur zusammen die andere Hälfte bekommen sollten; daß non nato postumo Titius das Ganze bekam, war nach der Regel des Vindicationslegats unzweifelhaft. Wenn aber der Testator zu erkennen gegeben oder ausdrücklich erklärt hätte, daß Titius und alle Postumi gleiche Theile (viriles partes) bekommen sollten, so hätte man selbst beim Vindicationslegat zweifeln können, ob Titius je das Ganze vindiciren könne, weil, wenn duobus aequis partibus per vindicationem legirt war, das ius accrescendi nicht stattfand. Gleichwohl wird hier anders entschieden, indem als Wille des Testators erkannt wird, daß Titius nur im Fall wirklich eintretender Concurrenz von Postumi auf einen Theil eingeschränkt sein solle, was schon aus dem Grunde nothwendig anzunehmen war, weil ja, so lange noch ungewiß war, ob und wie viele Postumi geboren wurden, nicht die Größe der virilis portio bestimmt werden konnte. Ungeachtet der Erwähnung der viriles partes

wird angenommen, daß der Testator dem Titius (eventuell) doch das Ganze habe vermachen wollen, und unbedenklich würde der Jurist in diesem Fall dem Titius iure accrescendi das Ganze auch dann zugesprochen haben, wenn zwar ein Postumus wirklich geboren worden wäre, dieser aber den Anfall des Legates nicht erlebt oder etwa dasselbe abgelehnt hätte [51]. Den gleichen Fall bei einem Fideicommiß bespricht eine Stelle aus des Gaius libro primo fideicommissorum, L. 5. §. 1. L. 7. pr. D. de reb. dub. XXXIV. 5., die durch Einfügung der aus Marcian's lib. III. fideicomm. entnommenen L. 6. D. l. c. vervollständigt wird. L. 5. §. 1. cit. setzt den Fall:

Si tibi et postumo suo vel alieno hereditatem restituere quis rogaverit,

und als gleichartigen Fall setzt L. 6. cit. hinzu:

vel ex parte te et ex parte postumum heredem

51) In dieser Beziehung ist freilich anderer Meinung Dworzak a. a. O. S. 49. mit Voet ad pand. lib. XXX–XXXII. §. 61. und anderen; vgl. auch Glück im Comment. Th. 9. S. 274. Voet sagt, die Theilbestimmung, also die Beschränkung des Titius auf einen Theil, sei hier eine bedingte, durch die Geburt eines Postumus sei die Bedingung erfüllt und nunmehr jene Beschränkung eine definitive geworden, der Titius und der Postumus seien nun nur mehr verbis coniuncti. Dies war richtig, wenn das Vermächtniß ein Damnationslegat oder Fideicommiß war (vgl. unten S. 42. fg.). Aber beim Vindicationslegat dasselbe anzunehmen, war man nicht berechtigt; denn, wenn auch in der Regel der Zusatz „aequis partibus“ so verstanden wurde, daß jedem nur ein Theil vermacht sein solle, so war doch hier der Wille des Testators offenbar darauf gerichtet, daß das Ganze zu Gunsten des Titius und etwaiger Postumi den Erben genommen sein solle. Andererseits ist klar, daß L. 16. §. 2. cit. nicht benutzt werden kann, um zu beweisen, daß auch der verbis coniunctus das Accrescenzrecht habe, wie es z. B. geschieht von Merillius Variant. ex Cuiacio I. cap. 40.

instituisset legatumve similiter vel fideicommissum dedisset,

und in Beziehung darauf stellt dann L. 7 pr. cit. die Frage:

utrum ita postumus partem faciat, si natus sit, an et si natus non sit, quaeritur.

Die Frage zeigt, daß Gaius die bei Fideicommissen wie beim Damnationslegat damals geltende Regel vor Augen hat, wornach, wenn zwei Personen in einem Satze etwas vermacht war, partes ab initio fiebant. Bei dem Vindicationslegat konnte die Frage nicht einmal aufgeworfen werden, es sei denn, daß ausdrücklich Titio et postumo aequis partibus legirt war. Gaius entscheidet nun:

Ego commodius dici puto, si quidem natus non est, minime eum partem facere, sed totum ad te pertinere, quasi ab initio tibi solido relicto.

Obgleich nach jener Regel sonst das Fideicommiß sofort unter die verbis coniuncti getheilt gewesen wäre, ebenso wie wenn der Erblasser ausdrücklich die Theilung angeordnet, so gibt hier doch Gaius dem coniunctus den Anspruch auf das Ganze, wenn kein Postumus geboren wird, wie Paulus in L. 15. §. 1. cit., weil er das dem Willen des Erblassers entsprechend findet; und einen entscheidenden Grund für diese Willensauslegung legen uns die folgenden Worte nahe:

Sin autem natus fuerit, utrosque accipere quantum cuique relictum est, ut uno nato pars tibi dimidia debeatur, duobus natis tertia tibi debeatur, tribus natis (quia trigemini quoque nascuntur) quarta debeatur.

In diesem Falle trat übrigens nach dem Recht zur Zeit des Gaius durch die erfolgte Geburt eines oder mehrerer Postumi allerdings wohl definitiv eine Getheiltheit

des Fideicommisses ein und galt kein ius accrescendi, wenn ein geborener Postumus später wegfiel [52]). Nach Justinianischem Recht aber ist nun auch hier ein ius accrescendi anzuerkennen, wie es oben für ein Vindicationslegat dargethan ist.

Nach Analogie dieser Stellen darf allerdings eine Willensauslegung zugelassen werden, nach welcher ungeachtet einer vom Erblasser angegebenen Theilbestimmung dennoch die Legatare als wahre Collegatare anzuerkennen sind und ein Anwachsungsrecht denselben nicht abzusprechen ist [53]), und zwar ist es dabei nicht durchaus unzulässig, auch außerhalb der fraglichen Willensverfügung liegende Umstände mit in Betracht zu ziehen [54]). Und darnach halte auch ich

52) Doch finden wir in L. 4. pr. D. de aliment. leg. XXXIV. 1. bei einem zu Gunsten der Freigelassenen des Erblassers angeordneten Fideicommiß nach Auffassung des Willens desselben ein Anwachsungsrecht anerkannt: Sed et si decesserit fideicommissarius ante diem fideicommissi cedentem, pars eius ad ceteros fideicommissarios pertinet. Der Erblasser hatte gewisse Güter nur schlechthin seinen Freigelassenen angewiesen; dies wurde mit Recht so ausgelegt, daß dieselben den ihn überlebenden Freigelassenen zukommen sollten. Vgl. Baron Gesammtrechtsverhältnisse S. 444.

53) Damit stimmt auch überein Windscheid Pand. §. 644. Anm. 13. Unger Erbr. §. 63. Anm. 5. Auch Rudorff hat sich damit einverstanden erklärt und Burchardi's Ansicht verworfen, in einem Zusatz zu Puchta's Pand. (10. Aufl.) §. 542. Anm. c. unter Verweisung auf Arndts' Pand. §. 556. Anm. 6. Vgl. auch Dworzak a. a. O. S. 55. fg. Anm. 34. a. E.

54) Das beweist L. 16. §. 2. cit. durch die Worte: „si . . . viriles partes dari voluisset“; denn diese können nicht (mit Baron a. a. O. S. 443.) gedeutet werden auf den Fall eines Fideicommissum „v. p. dari volo“, sondern nur auf den Fall, wenn irgendwie erkannt wird, daß des Testators

die von Burchardi a. a. O. vertheidigte Entscheidung des von ihm vorgelegten praktischen Falles materiell für richtig, obgleich ich die Vertheidigung theoretisch, d. i. die Begründung der Entscheidung, für verfehlt erklären muß. Der Fall war folgender:

Ein Herr X hatte mit einer Freundin gleichzeitige Testamentserrichtung und wechselseitige Erbeinsetzung verabredet mit dem Versprechen, für den Fall, daß er sie beerben werde, in seinem Testament die beiden Brüder der Freundin und deren etwanige Familie zu bedenken. Demgemäß ernannte X in seinem mit der Codicillarclausel versehenen Testament die Freundin neben seiner auf den Pflichttheil eingesetzten Mutter zur Erbin und verfügte dabei:

„Sollte die obengenannte Erbin vor mir sterben, so bestimme ich aus dem mir von derselben vermachten Nachlasse die Summe von 5000 Thalern zu einem Vermächtnisse für deren beide Brüder, dergestalt, daß sie oder ihre ehelichen Nachkommen, falls einer oder beide nicht mehr am Leben sein sollten, sich obige Summe in zwei gleiche Hälften theilen mögen."

X beerbte die Freundin, starb dann nach seiner Mutter und wurde nun von einem Halbbruder ab intestato beerbt; dieser anerkannte zwar das Legat ungeachtet der Destitution des Testaments, aber nur zur Hälfte, weil der eine der beiden Brüder ohne Hinterlassung von Nachkommen früher verstorben war, wogegen der überlebende kraft des Anwachsungsrechts die ganze Summe in Anspruch nahm. Das Gericht erster Instanz verwarf diesen Anspruch nach der Regel: partibus collegatariorum a testatore adiectis cessat ius accrescendi in legatis.

Wille war, dem Titius und jedem einzelnen Postumus gleiche Theile zuzuwenden; es würde sonst keinen Sinn haben, daß hinzugesetzt wird: „vel etiam id expressisset".

Das OAGericht zu Kiel aber erkannte in der Recursinstanz zu Gunsten des Klägers, weil jene Regel zwar für das Vermächtniß einer Geldsumme, obgleich sie für das Vermächtniß einer bestimmten Sache aufgehoben sei, noch gelte, aber mit Rücksicht auf den Willen des Erblassers im einzelnen Fall dennoch das Anwachsungsrecht zuzulassen sei und im vorliegenden Fall überwiegende Gründe dafür sprechen [55]).

Den Entscheidungsgründen dieses Urtheils nun kann nicht beigestimmt werden, insofern sie einen Unterschied machen zwischen dem Vermächtniß einer bestimmten Sache und dem Vermächtniß einer Summe oder Quantität. Dieser Unterscheidung fehlt es in der That an jedem auch nur scheinbaren Grunde. Wenn man annimmt, eine in den Digesten noch gerade in Beziehung auf das Vermächtniß einer bestimmten Sache anerkannte Regel sei durch L. un. cod. cit. aufgehoben, so ist nicht zu begreifen, wie man sie nach diesem Gesetze noch anwendbar finden mag, wenn sonst aliquid pluribus relictum est, da dasselbe unter aliquid überhaupt jeden möglichen Gegenstand eines Vermächtnisses versteht. Daß das Vermächtniß einer Sache auch die blos verbis coniuncti zu Miteigenthümern macht, das Vermächtniß einer Summe ohneweiters für jeden eine Forderung auf einen Theil der Summe erzeugt, ist kein Grund [56]). Und wie möchte man denn den Fall beurthei-

55) Dieses Erkenntniß ist mitgetheilt in Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte XIV. Nr. 104. Dagegen war die oben geprüfte Erörterung Burchardi's gerichtet.

56) Die Entscheidungsgründe halten es durch L. un. §. 11. Cod. l. c. und §. 8. J. de legat. entschieden, daß, wenn Mehreren dieselbe Sache vermacht ist, das Accrescenzrecht stattfinde, ob Theile angegeben sind oder nicht, entschieden, weil dort nichts davon gesagt ist; ein Mehreren zusammen

len, wenn eine Forderung des Erblassers Mehreren vermacht ist? etwa gar mit Unterscheidung, ob eine Sache oder eine Summe Gegenstand der vermachten Forderung ist? Darin aber hat das Urtheil gewiß richtig entschieden, daß in dem vorliegenden Falle der Wille des Erblassers dahin gegangen sei, jedenfalls das ganze Legat seinen Erben zu entziehen und den Verwandten seiner verstorbenen

gegebenes Vermächtniß einer Summe aber erscheine an sich nach der Natur seines Objekts (L. 29. D. de solut.) als ein Inbegriff mehrerer Vermächtnisse, und da sei denn das Anwachsungsrecht bedingt durch den Willen, das Vermächtniß als ein Ganzes, das erst durch die Concurrenz sich theile, zu hinterlassen. Darnach würde, wenn eine Summe auch ohne Theilangabe Mehreren vermacht ist, im Zweifel doch kein Anwachsungsrecht stattfinden, während es bei dem Vermächtniß einer Sache ungeachtet der Theilangabe behauptet wird. Aber L. 29. cit. sagt nichts anderes, als daß, wenn Mehreren zusammen eine Forderung auf eine Sache oder eine Quantität erworben wird, der einzelne im ersten Falle die Forderung auf eine pars pro indiviso, im anderen Fall auf eine Theilquantität habe, und das gilt auch bei Legaten; das steht aber nicht dem Erwerb des Ganzen vermöge des Anwachsungsrechts entgegen, falls die anderen Mitbedachten nicht erwerben; bei dem legatum per vindicationem galt das ius accrescendi ohne Zweifel eben so, wenn Gegenstand desselben eine Summe, als wenn er eine nicht vertretbare Sache war. Ueber die auch noch angeführten L. 7. 89. §. 2. D. de legat. II. vgl. weiter unten. Uebrigens war in der gemeinrechtlichen Doctrin die Meinung, daß bei dem Vermächtniß einer Summe nicht Anwachsungsrecht stattfinde, von Manchen vertreten, welchen Voet a. a. O. §. 63. entgegentritt. Vgl. auch das baier. Landrecht III. 6. §. 13. Doch war noch in neuester Zeit ein Richterspruch auf diese Meinung gebaut, der aber durch die Entscheidung in den höheren Instanzen ganz mit Recht als widersprechend der L. un. Cod. cit. abgeändert worden ist. Seuffert's Arch. III. Nr. 83.

Freundin zuzuwenden, die Theilung in zwei Hälften aber nur für den Fall, daß beide Brüder, oder ein Bruder und Nachkommen des andern, oder Nachkommen beider Brüder in ungleicher Zahl mit einander concurrirten, anzuordnen. Dafür spricht in Verbindung mit dem Motive des Vermächtnisses, das der Erblasser als dem Nachlaß seiner Freundin entnommen bezeichnet, in Verbindung ferner mit dem Umstande, daß derselbe in seinem Testamente seine Seitenverwandten gar nicht bedacht, die Mutter nur auf den Pflichttheil eingesetzt hatte, selbst auch die Fassung der Vermächtnißverfügung. Er bestimmt die ganze Summe „zu einem Vermächtniß für beide Brüder"; diesen aber sollen deren Nachkommen substituirt sein; und zwar will er, daß die Nachkommen je eines Bruders zusammen die Hälfte des Legates, die diesem selbst zugekommen sein würde, erhalten sollen; mit Rücksicht darauf offenbar fügt er hinzu: „dergestalt, daß sie oder deren eheliche Nachkommen" u. s. w. [57]). Den Fall, daß einer der beiden Brüder ohne Hinterlassung ehelicher Nachkommen sterben sollte, hat er dabei nicht bedacht und nicht erwähnt; daß er für diesen Fall dem anderen oder dessen Nachkommen nur die Hälfte zugedacht, ist nach dem ganzen Zusammenhange höchst unwahrscheinlich. Nicht unbedeutend ist auch der Ausdruck „daß sie .... theilen *mögen*." Hätte der Testator gesagt: „ich vermache die Summe den beiden Brüdern, jedem zur Hälfte, und substituire jedem dessen eheliche Nachkommen," so würde die oben gebilligte Willensauslegung nicht Platz greifen.

57) So erkannte auch das Münchener OAGericht in einem ähnlichen Falle, wo die Angabe „zu fünf Theilen" sich daraus erklärte, daß die 5 Vermächtnißnehmer in ungleicher Zahl Kinder zweier verschiedener Familien waren und durch jene Worte die Theilung in zwei Hälften ausgeschlossen werden sollte. *Seuffert's* Arch. II. 211.

Unter den neueren Gesetzgebungen stimmt mit der oben vertheidigten Auffassung des römischen Rechts überein das sächsische Gesetzbuch §. 2434:

„Bedachten, welche in einem Satze verbunden, aber nicht zu einem und demselben Vermächtnisse, oder zwar zu demselben Vermächtnisse, aber mit Angabe, wie viel ein Jeder von ihnen davon erhalten soll, berufen sind, steht ein Anwachsungsrecht nicht zu."

Darnach ist das Anwachsungsrecht ausgeschlossen auch wenn Mehreren in demselben Satze ausdrücklich „zu gleichen Theilen" eine Sache oder Quantität vermacht ist; doch aber ist durch diese Bestimmung wohl nicht schlechterdings ausgeschlossen, daß im einzelnen Fall einer entgegenstehenden Willensauslegung Folge zu geben sei. Auch das westgalizische Gesetzb. II. §. 352. stimmte noch damit überein; aber das österreichische bürgerliche Gesetzb. §. 689 läßt das Anwachsungsrecht überall zu, wenn das ganze Vermächtniß mehreren Personen „ungetheilt oder ausdrücklich zu gleichen Theilen" zugedacht ist. Dies wird gerechtfertigt aus dem Gesichtspunkt, daß der Erblasser durch den Beisatz „zu gleichen Theilen" nur ausspreche, was in der einfachen Berufung Mehrerer zu demselben Gegenstand von selbst enthalten ist, und nur die Negation ungleicher Theilung andeuten wolle, daß die Einsetzung mehrerer Personen auf denselben Gegenstand zu gleichen Theilen nicht gleich zu achten sei der Einsetzung Mehrerer a u f gleiche Theile desselben Gegenstandes [58]). Derselben Ansicht, daß der Zusatz „zu gleichen Theilen" dem Anwachsungsrecht nicht entgegenstehe, huldigt auch die französische Jurisprudenz, obgleich der Code civil art. 1044 ähnlich wie das sächsische Gesetzbuch voraussetzt: „que le testateur n'aura

58) Unger, Erbrecht §. 63. Anm. 3. Vgl. oben S. 27. Anm. 37.

pas assigné la part de chacun des colégataires dans la chose leguée." Beschränkender möchte auf den ersten Blick das preuß. Landrecht erscheinen, das in Th. I. Tit. 12. §. 368. bestimmt:

War ein Vermächtniß mehreren Personen zugleich und ungetheilt beschieden, so wächst der ausfallende Theil des Einen, in Ermangelung eines Substituten, den übrigen Mitgenossen zu."

Allein der folgende §. ergibt sofort, daß das Landrecht vielmehr noch in weiterem Umfang Anwachsungsrecht zuläßt, als das österreichische Gesetzbuch §. 689.; denn §. 369. bestimmt:

„Dieser Zuwachs geschieht nach eben dem Verhältnisse, nach welchem der Testator die Quoten eines jeden Legatarii an dem ganzen Vermächtnisse bestimmt hat,"
und §. 370. sagt sodann:

„Ist dergleichen Verhältniß von dem Erblasser nicht angegeben, so erwerben die Mitgenossen den Zuwachs zu gleichen Theilen."

Daraus geht hervor, daß §. 368. auch dann anwendbar gehalten wird, wenn der Testator den mit einem Vermächtniß bedachten mehreren Personen ungleiche Theile des Ganzen zugewiesen hat, und den Worten des §. 368. „zugleich und ungetheilt" kann nur die Bedeutung beigelegt werden, daß vorausgesetzt werde, der Erblasser habe Etwas als ein ungetheiltes Ganzes Mehreren vermacht, eine ganze Sache, Summe oder Quantität als Gegenstand eines Vermächtnisses für mehrere Personen angegeben, und nur für den Fall wirklicher Concurrenz derselben die Antheile der einzelnen bestimmt. Das Wort „zugleich" könnte auf eine verbis coniunctio gedeutet werden; aber es kann auch verstanden werden in dem Sinn von „zu gleicher Zeit", „nebeneinander", nicht „successiv",

so daß nicht allein re et verbis coniuncti, sondern auch blos re coniuncti nach §. 368 fg. ein Anwachsungsrecht haben, und diese Auslegung ist entschieden vorzuziehen, da sonst für blos re coniuncti sich gar kein Anwachsungsrecht ergeben würde, die Verfasser des Landrechts aber des Willens waren, das ius accrescendi „durch Aufhebung der allzu subtilen Unterscheidungen der verschiedenen Arten der Konjunktionen möglichst zu simplificiren" [59]).

Uebrigens wird auch nach gemeinem Rechte die Sache häufig, vielleicht meistens, sich so gestalten, daß Mehrere, denen derselbe Gegenstand in getrennten Verfügungen vermacht ist, doch in Wahrheit als re et verbis coniuncti anzusehen und zu behandeln sind. Wenn der Erblasser z. B. dem A sein Haus vermacht, sodann in einem späteren Satze des Testaments oder in einem Codicill verfügt: „Mein dem A vermachtes Haus soll gemeinsam mit diesem auch dem B vermacht sein," so müssen meines Erachtens A und B unbedenklich als re et verbis coniuncti betrachtet werden, als hätte der Erblasser das erste Legat zurückgenommen und an dessen Stelle ein anderes gesetzt: „Mein Haus vermache ich dem A und B zusammen." Und Vermächtnisse einer und derselben Sache an mehrere Personen in getrennten Verfügungen kommen gewiß höchst selten anders als in solcher und ähnlicher Weise vor. Hätte dagegen der Erblasser gesagt: „das dem A vermachte Haus soll zur Hälfte dem B vermacht sein," so würde darin wohl eine Zurücknahme des halben Legats des A und Uebertragung dieser Hälfte auf B zu erkennen, dieser aber nicht einmal als re coniunctus des A anzusehen sein [60]).

59) Vgl. Gruchot, preuß. Erbrecht I. S. 613—624.

60) Vgl. den Comment. Th. 46. S. 513 fg.

2) Es kann der Fall sein, daß mit einem Vermächtniß zugleich einige als re et verbis coniuncti und daneben noch ein anderer als re coniunctus bedacht sind. Daß in solchem Fall, wenn alle das Legat erwerben, die ersten zusammen gleichwie eine Person nur einen Theil gegenüber dem letzten erhalten, ist gegen Schneider schon im Comment. Th. 46. S. 506—513. nachgewiesen. Daraus ergibt sich denn von selbst, wie es sich in solchem Fall mit dem Anwachsungsrecht verhält, wenn eine der bedachten Personen wegfällt. Ist dies der blos re coniunctus, so wächst dessen Antheil sine onere den re et verbis coniuncti zu, als wäre ihnen allein in solcher Weise das Vermächtniß hinterlassen. Fällt aber von diesen einer aus, so berührt dies den blos re coniunctus gar nicht; so lange noch einer der re et verbis coniuncti übrig ist, wird diesem der erledigte Vermächtnißtheil zukommen nach der für re et verbis cuniuncti aufgestellten Regel, also wenn er will und cum suo onere [61]). Es kann hier

61) Dieses Vorzugsrecht des re et verbis coniunctus in Betreff der Anwachsung wird auch von Schneider a. a. O. S. 262. anerkannt, ungeachtet er in Ansehung der Theilung des Vermächtnisses, wenn alle erwerben, der conjunctio keine Bedeutung beilegt. Es zeigt sich aber darin gerade recht auffallend das Verkehrte dieser Meinung. Wenn die beiden re et verbis coniuncti A und B, und eben so der re coniunctus C jeder $1/3$ erhalten sollen, so ist nicht einzusehen, warum nicht C beim Wegfall des B eben so $1/2$ erhalten soll, wie es der Fall sein würde, wenn B gar nicht mitbedacht wäre. A ist dann in der That durch B nicht beschränkt; beiden zusammen ist wohl das Ganze, aber keineswegs $2/3$ als gemeinschaftliches Ganzes vermacht; daher kann denn auch dem A der Wegfall des B nicht besonders zum Vortheil gereichen; wohl aber dann, wenn das dem A und B zusammen vermachte Ganze durch die Concurrenz des C auf ein gemeinschaftliches $1/2$ beschränkt wird. — Uebrigens

nur die Frage entstehen, was Rechtens sei, wenn der re et verbis coniunctus den anwachsenden Vermächtnißtheil ablehnt? ob dieser alsdann dem Vermächtnißträger cum onere verbleibe? oder dem re coniunctus sine onere anwachse? Da dem letzten an sich das Ganze vermacht ist und er darin nur durch die Concurrenz eines Andern beschränkt wird, so scheint es consequent, die dritte Frage zu bejahen; der re coniunctus erlangt suum legatum imminutum, soweit ihn nicht ein anderer Vermächtnißnehmer durch seine Concurrenz beschränkt.

Eine eigene Modification des Anwachsungsrechts kann sich aber noch ergeben, wenn neben re et verbis coniuncti einem Anderen in selbständiger Verfügung nicht schlechthin das jenen vermachte Ganze ebenfalls vermacht, sondern ausdrücklich nur dem einen von jenen in Beziehung auf dessen Antheil ein Anderer zugesellt ist: z. B. „Ich vermache dem A und B mein Haus," dann „mit B zusammen soll auch C einen Antheil an meinem Hause haben." Hier beschränken sich einander zunächst B und C, das Wegfallen des einen gereicht nur dem anderen, nicht dem A, zum Vortheil; fällt aber A weg, so accrescirt den beiden anderen. Der Fall ist unbedenklich so zu beurtheilen, als hätte der Erblasser von vornherein verfügt: Mein Haus vermache ich 1) dem A, 2) dem B und C [62].

3) Ein anderer eigenthümlicher Fall ist folgender:

kann man in Beziehung auf diesen Fall noch den Satz der L. 89. D. de legat. III. festhalten: „Praefertur igitur omnimodo ceteris qui et re et verbis coniunctus est", der freilich im Sinn des Paulus eine andere Bedeutung hatte. Vgl. oben S. 28.

62) Vgl. den Commentar Th. 46. S. 513. und über den verwandten Fall bei der Erbeinsetzung Mühlenbruch im Comment. Th. 43. S. 320. fg. Dworzak a. a. O. S. 69.

Mehreren ist jedem ein bestimmter Theil eines Gegenstandes, daneben aber noch einem Anderen derselbe Gegenstand schlechthin oder ganz vermacht. Diesen Fall betrifft eine viel besprochene Stelle der Digesten, L. 41. pr. D. de legat. II. (Javolenus libro septimo epistolarum):

‚Maevio fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam lego; eundem fundum Titio lego': si Seius decesserit, pars eius utrique accrescit, quia cum separatim et partes fundi et totus legatus sit, necesse est, ut ea pars quae cessat pro portione legati cuique eorum, quibus fundus separatim legatus est, accrescat.

Maevius und Seius sind nicht re coniuncti; jedem ist positiv nur die Hälfte vermacht, noch bestimmter, als wenn gesagt wäre: ‚Maevio et Seio aequis partibus fundum do lego'; ob man sie als verbis coniuncti ansehen könne, ist von keiner Bedeutung, wenn feststeht, daß verbis coniuncti als solche kein Anwachsungsrecht haben. Dagegen ist Titius, dem das ganze Grundstück vermacht ist, re coniunctus des Maevius bezüglich der einen, des Seius bezüglich der anderen Hälfte des Grundstücks. Wenn nun T. wegfällt, so accrescirt den beiden anderen sine onere; jeder erhält die ihm ursprünglich bestimmte dimidia pars non concurrente Titio als suum legatum imminutum. Wenn aber Seius wegfällt, so, sollte man meinen, müsse dessen Theil ($^1/_4$) nur allein dem Titius anwachsen; denn nur mit diesem concurrirte er in der einen Hälfte des vermachten Grundstücks und nur diesem gereicht also der Wegfall seiner Concurrenz zum Vortheil; Maevius, dem die andere Hälfte vermacht ist, wird durch Seius nicht beschränkt, nur wie dieser durch Titius. Setzen wir den Fall: dem M. und S. wäre nicht die eine und die andere Hälfte als pars pro indiviso, sondern dem M. die südliche, dem S.

die nördliche Hälfte des Grundstücks vermacht, dann dem T. das ganze Grundstück; gewiß würde Niemand beim Wegfall des S. dem M. eine Accrescenz in die nördliche Hälfte hinein zusprechen; vielmehr dem T. allein die nördliche Hälfte, weil ihm darin kein concursus partem facit, während er immer noch mit M. in der südlichen Hälfte concurrirt. Ebenso aber, scheint es, wäre der Fall der L. 41. cit. zu beurtheilen, da zwei partes pro indiviso ebenso wie partes pro diviso selbständig Objekte zweier Vermächtnisse sind. Aber Javolenus entscheidet in diesem Fall doch anders: „si Seius decesserit, pars eius utrique accrescit"; der Wegfall des S. soll sowohl für M. als für T. eine Accrescenz herbeiführen, und zwar „pro portione legati cuique" [63]). Wenn alle drei erwerben, so bekommen M. und S. jeder $^1/_4$, T. $^1/_2$; wenn also S. wegfällt, so soll dem M. $^1/_{12}$ anwachsen, dem T. $^2/_{12}$, M. also erhalten $^1/_4 + ^1/_{12} = ^1/_3$, T. $^1/_2 + ^1/_6 = ^2/_3$ des Vermächtnißgegenstandes. Das scheint der klare Sinn der L. 41. pr. cit. zu sein. Aber weil dieser sachlich Anstoß erregte, so sind sehr verschiedene und widerstreitende Erklärungsversuche gemacht worden [64]). Die Accursische Glosse schon deutet drei Erklärungen zur Auswahl an. Die eine geht dahin, daß M. und S. für sich betrachtet wirklich re coniuncti seien, indem Javolenus den Fall so gedacht habe, daß beiden dieselbe pars dimidia vermacht sei, und dann noch T. als re coniunctus beiden gegenüber trete, und so gibt nach Vivianus die Glosse auch den casus dieser Stelle an. Obwohl von Anderen lebhaft angefochten [65]), ist diese Erklärung auch noch

63) Haloander hat statt pro die Variante de; aber diese hat ganz den Anschein einer verzweifelten Emendation; Mommsen erwähnt deren gar nicht.

64) Eine Uebersicht darüber gibt Dworzak a. a. O. S. 78. fg.

65) Bartolus de Saxo ferrato in secundam Infortiati

von Vinnius gebilligt[66]) und neuestens von Schneider wieder vertheidigt worden[67]). Aber es ist kaum zu begreifen, wie Jemand sicher annehmen kann, daß Javolin den Fall sich so gedacht habe; sicher würde dieser dann gesagt haben „Seio eandem partem dimidiam lego"; das wäre um so mehr nothwendig gewesen, da sogleich nachher kommt „eundem fundum Titio lego", wo das eundem entbehrlich war, wenn nur der fundus sonst als derselbe bezeichnet war; es ist ganz willkürlich, dort eandem zu suppliren, und wird daher diese Erklärung mit Recht abgewiesen[68]). Zwar beruft sich Schneider zum Belege dafür, daß die römischen Juristen auch sonst wohl, wo es nicht ganz deutlich gesagt war, die Berufung eines zweiten auf durchaus einen und denselben Theil, zu dem vorher ein Anderer eingesetzt worden, angenommen haben, auf L. 142. D. de V. S.[69]). Aber diese Stelle

partem comment. ad h. l.; A. Faber error. pragmat. XLIX. 8., vgl. auch Voet l. c. §. 61. Schulting thes. controv. decas XXI. 7. in dessen comment. acad. III. pag. 62. u. notae ad Dig. lib. XXXI. L. 41. pr., wo zu den Worten *Seio partem dimidiam* erklärend hinzugefügt ist scil. *alteram.*

66) Comment. ad §. 8. J. de legatis. §. 18.

67) A. a. O. S. 60. fg. „Es ist ganz sicher anzunehmen," sagt er S. 61., . . . „daß die Disposition ‚Maevio fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam lego' soviel sagen soll: als Seio eandem partem dimidiam lego".

68) Huschke a. a. O. S. 312. Witte im Rechtslexikon I. S. 300. Anm. 130. Dworzak a. a. O. S. 82.

69) „Lucius Titius ex parte dimidia heres esto. Seius ex parte, qua Lucium Titium heredem institui, heres esto. Sempronius ex parte dimidia heres esto". Julianus: dubitari posse, tres semisses facti sint, an Titius in eundem semissem cum Gaio Seio institutus sit? Sed

spricht eher gegen als für seine Erklärung der L. 41. pr. cit. Ist Titius ex parte dimidia zum Erben eingesetzt, Seius ex parte qua Titius institutus est, so kann man zweifeln, ob das heißen soll: Seius soll zu einem eben so großen Erbtheil wie Titius, also ebenfalls pro parte dimidia eingesetzt sein, oder: Seius soll mit Titius zu einem und demselben Erbtheil, zu einer pars dimidia, zusammen eingesetzt sein. Weil noch ein dritter, Sempronius, pro parte dimidia eingesetzt ist, wird mit Recht die letzte Auslegung vorgezogen, als wäre ausdrücklich gesagt: „ex eadem parte cum Titio Seius heres esto." Wenn aber das Testament analog dem Falle der L. 41. pr. cit. sagte: „Titius pro parte dimidia heres esto. Seius pro parte dimidia heres esto. Sempronius heres esto," so würden quoad ius accrescendi Titius und Seius entschieden nicht als in eandem partem dimidiam coniunctim instituti heredes anzusehen sein, obgleich durch den Zutritt des Sempronius beider pars dimidia auf $1/3$ reducirt würde[70]). Wenn dagegen in L. 41. pr. cit. dem M. und S. dieselbe pars dimidia coniunctim vermacht wäre im Gegensatze gegen T., so müßte der Theil des wegfallenden S. zunächst dem M. allein zugesprochen werden, und doch sagt Javolen ganz klar, wie auch Schneider anerkennt, daß er dem M. und dem T., pro modo legati cuique, anwachse[71]).

eo, quod Sempronius quoque ex parte dimidia scriptus est, verisimilius esse in eundem semissem duos coactos et coniunctim heredes scriptos esse. Vgl. L. 15. pr. D. de hered. instit. XXVIII. 5. Arndts' gesammelte civ. Schriften II. S. 84. fg.

70) §. 6. J. de hered. instit. II. 14. L. 17. §. 3—5. D. de hered. instit. XXVIII. 5.

71) Vgl. oben Nr. 1. a. E. S. 50. Dworzak a. a. O. Nach Schneider's Annahme würde T. $1/2$ allein haben,

Eben so unbefriedigend sind die beiden anderen Erklärungen, welche die Glosse andeutet. Die eine betrachtet M. und S. als nur re coniuncti in eandem dimidiam, den T. aber als beiden verbis coniunctus, und gibt diesem als solchem auch ein ius accrescendi; die andere betrachtet M. und S. als nur verbis coniuncti, den T. als nur re coniunctus und gibt so dem M. als verbis, dem T. als re coniunctus des S. das Anwachsungsrecht. Nach der Fassung der vorliegenden Verfügung ist es eben so willkürlich, den T. als verbis coniunctus wie M. und S. als re coniuncti anzusehen; eher noch wäre es zulässig, M. und S. als verbis coniuncti anzusehen, obwohl auch dazu die Fassung nicht berechtigt. Beide Erklärungen sind aber schon darum verwerflich, weil sie auf der falschen Voraussetzung beruhen, daß den blos verbis coniuncti als solchen ein Anwachsungsrecht zukomme [72]).

Dagegen hat eine andere Erklärung der L. 41. pr. cit., welche von Faber a. a. O. ausführlich vorgetragen ist, so viel Beifall gefunden, daß sie von Dworzak a. a. O. als die herrschende bezeichnet wird. Sie geht dahin, daß M. und S. an sich zwar weder re noch verbis coniuncti seien, dadurch aber, daß beiden ein Dritter für das Ganze

zu $^1/_2$ mit M. und S. concurriren, also im Ganzen $^2/_3$, M. und S. jeder $^1/_6$ erhalten; wenn nun das $^1/_6$ des S. dem M. und T. nach Verhältniß ihrer Legate accrescirt ($^1/_6$ . . . $^4/_6$), so bekommt M. davon $^1/_5 = {}^1/_{30}$, T. $^4/_5 = {}^4/_{30}$ des Ganzen, also M. im Ganzen $^6/_{30} = {}^1/_5$, T. $^{24}/_{30} = {}^4/_5$. Accrescirt dagegen das $^1/_6$ des S. nur dem M., so bekommt dieser $^1/_3$ und T. behält seine $^2/_3$, wie in dem Falle, wenn M. und S. nicht zu derselben pars dimidia berufen sind.

72) Vgl. oben S. 54. fg. Die letzterwähnte Erklärung der Glosse vertheidigte Bartolus a. a. O. nach Widerlegung der beiden anderen. Dagegen Dworzak a. a. O. S. 80. 81.

als re coniunctus zugesellt ist, auch zu einander in das Verhältniß von re coniuncti gestellt werden[73]). Diese Ansicht versucht Huschke a. a. O., indem er Schneider's Annahme, daß dem M. und S. eadem pars vermacht sei, abwehrt, in folgender Weise zu rechtfertigen: „Aber in der That sind hier doch keine verbis, sondern re coniuncti vorhanden. Man löse nur die Berufung einmal in diese Form auf: Maevius soll $1/2$, Seius $1/2$ und Titius $2/2$ des Grundstücks haben, so wird sich finden, daß, indem hier $4/2$ derselben Sache vergeben sind, die Berufung der drei Legatare auf einen von Anfang gesonderten Theil eine blos scheinbare und vielmehr alle, und in gewissen Verhältnissen, übrigens aber zu Einer Sache berufen, mithin re coniuncti sind, indem jeder in das, was dem Andern gegeben ist, übergreift, wie dieses ja auch in dem Legat: A $2/2$ und B $2/2$ oder: A die Sache und B dieselbe Sache, d. h. in dem gewöhnlichen Falle der re coniunctio, geschieht." Allein zu Einer Sache sind ja überall diejenigen berufen, welchen bestimmte partes pro indiviso derselben Sache vermacht sind, sei es coniunctim oder disiunctim; in diesem Sinn sind im Fall der L. 41.

73) So sagt Faber a. a. O.: „propter concursum Titii . . . necesse est, dimidiam datam Maevio reduci ad quadrantem et dimidiam datam Seio ad alium quadrantem atque ita duas illas dimidias ad unius dimidiae rationem revocari, quo facto M. et S. inveniuntur re coniuncti, tanquam ad unam eandemque dimidiam vocati." Würden die letzten Worte genau genommen, so ergäbe sich auf einem Umwege dasselbe Resultat, wie nach der oben S. 55. widerlegten Erklärung der Glosse; es müßte dann auch beim Wegfall des S. dem M. mit Ausschluß des T. das Anwachsungsrecht zukommen; aber so ist es doch nicht gemeint. Vgl. übrigens Voet l. c. §. 61. und viele andere, auch Glück in diesem Comment. Th. 9. S. 275. Anm. 25. Mühlenbruch das. Th. 43. S. 330.

pr. auch M. und S. freilich re coniuncti; sie wären es auch, wenn T. nicht hinzu käme, nur jenen beiden in getrennten Sätzen jedem $^1/_2$ vermacht wäre. In dem Sinn aber, wie zum Anwachsungsrecht vorausgesetzt wird, sind sie hier doch nicht re coniuncti. Es ist auch nicht wahr, daß Seius in das übergreife, was dem Maevius vermacht ist, und umgekehrt. Nur durch die Concurrenz des Titius, nicht durch Seius, erleidet Maevius eine Minderung der ihm vermachten Hälfte des Grundstücks. Es würde sich eben so verhalten, wenn nur dem M., nicht auch dem S., $^1/_2$, dann dem T. das Ganze vermacht wäre; d. i. dem M. die eine, dem T. die eine und die andere Hälfte; T. würde in der einen Hälfte mit M. concurriren und diesen auf $^1/_4$ einschränken, die andere ungemindert allein behalten, sowie er, wenn dem M. die südliche Hälfte vermacht wäre, demselben von dieser $^1/_2$ entziehen, die nördliche Hälfte allein bekommen würde. Huschke's Erklärung dagegen geht darauf hinaus, daß M. S. und T. bezüglich des ganzen Fundus re coniuncti seien, also ihnen zusammen das ganze Grundstück vermacht sei, nur mit der Bestimmung, daß T. einen doppelt so großen Antheil erhalten solle, als M. und S. jeder einzeln [74]).

74) Huschke nimmt hierbei als einen ähnlichen Fall in Bezug denjenigen, der in L. 23. pr. Cod. de legat. entschieden ist; vgl. Th. 46. S. 517. fg. Aber dieser ist doch wesentlich verschieden. Wenn Jemanden zuerst das Ganze, dann einem Anderen ein Theil desselben vermacht ist, so kann dies so ausgelegt werden, daß jenem der diesem vermachte Theil entzogen werde. War aber zuerst dem einen ein Theil, dann dem andern das Ganze vermacht, so war diese Auslegung, die Justinian gebilligt hat, schlechterdings unanwendbar, und konnte, wenn das erste Legat neben dem zweiten bestehen sollte, nur die erste oder zweite der Th. 46. S. 518. angeführten Erklärungen analog zugelassen werden, nur entweder dem ersten die Hälfte des ihm angewiesenen

Dieser Auffassung scheint auch Windscheid a. a. O. Anm. 13. a. E. beizustimmen. Er sagt: „Die richtige Erklärung dieser Stelle (L. 41. pr. cit.) läßt sich dahin zusammenfassen, daß sie nicht eine Anwendung des Anwachsungsrechts enthält (obgleich sie diesen Namen gebraucht), sondern für den Fall, wo Mehr als das Ganze vermacht ist, den Theilungsnenner bestimmt." Dabei verweist er auf Pand. §. 552. Note 11., wo in Beziehung auf die bei der Erbeinsetzung geltende Regel, daß, wenn der Erblasser durch die angewiesenen Erbtheile Mehr als das Ganze vergeben hat, das zu viel Vergebene den eingesetzten Erben nach Verhältniß ihrer Erbtheile abzuziehen ist [75]), bemerkt wird: es werde aus den Zählern der vergebenen Bruchtheile für dieselben ein neuer Nenner gebildet. Demnach vergleicht er den Fall der L. 41. pr. einer Erbeinsetzung des M. zu $^1/_2$, des S. zu $^1/_2$, des T. schlechthin zu der ganzen Erbschaft d. i. zu $^2/_2$. Wie in diesem Fall der Erbtheil des M. und des S. auf je $^1/_4$, der des T. auf $^2/_4 = ^1/_2$ reducirt wird, so wäre in dem Fall der L. 41. pr. das Legat des M. auf $^1/_4$, desgleichen das des S. auf $^1/_4$, das des T. auf $^2/_4 = ^1/_2$ des Grundstücks anzusetzen, wie auch Huschke annimmt. Unverständlich ist uns jedoch, warum hier Windscheid nicht eine Anwendung des Anwachsungsrechts erkennen will. In dem analogen Fall der Erbeinsetzung würde doch unzweifelhaft, wenn S. nicht Erbe wird, dessen Erbtheil dem M. und dem T. im Verhältniß von $^1/_4$ zu $^1/_2$ accresciren, also jener zu $^1/_3$, dieser zu $^2/_3$ Erbe werden; und eben so sagt Javolen in L. 41. pr. „si Seius decesserit, pars

Theils, dem zweiten das Ganze um so viel vermindert zugesprochen, oder der Antheil beider nach Verhältniß jenes Theils zum Ganzen bestimmt werden.

75) Vgl. den Comment. Th. 40. S. 120. fg. Arndts' gesammelte civ. Schriften II. S. 79.

eius utrique accrescit"; also durch Wegfallen des Seius steigert sich das $^1/_4$ des Maevius zu $^1/_3$, das $^1/_2$ des Titius zu $^2/_3$ des Grundstücks; warum dies nicht Accrescenz im eigentlichen gewöhnlichen Sinn sein soll, sehen wir nicht ein.

Aber daß hier Javolen das accrescere zuläßt, das ist durch obige Parallele nicht erklärt. Daß im Fall jener Erbeinsetzung der Erbtheil des wegfallenden S. den beiden anderen nach Verhältniß ihrer Erbtheile accrescirt, ist unbedenklich; alle eingesetzten Erben sind vereinigt zu der einen ganzen Erbschaft berufen, und so lange nur einer derselben vorhanden ist, kann kein erledigter Erbtheil diesem entgehen. Bei Vermächtnissen aber genügt es, damit ein Anwachsungsrecht stattfinden könne, nicht, daß Mehrere zum Miteigenthum einer Sache vereinigt berufen sind; es wird vorausgesetzt, daß Mehreren dasselbe Ganze vermacht ist, das dann durch ihr Zusammentreffen sich unter ihnen theilt. Wenn nun auch im Fall der L. 41. pr. die das Ganze überschreitenden Vermächtnisse der drei Legatare in der angegebenen Weise reducirt werden, so daß das Legat des M. und desgleichen des S. auf $^1/_4$, das des T. auf $^1/_2$ festgestellt wird, so ergibt sich ja, daß jedem derselben nur ein bestimmter Theil des Grundstücks vermacht ist, daß selbst auch dem T. in Wahrheit nicht das Ganze, sondern nur $^1/_2$ vermacht ist. Demnach müßte man hier nach L. 89. D. de legat. III. sagen: semper partes habent legatarii; sie wären überall nicht re coniuncti und würde unter ihnen ein Anwachsungsrecht nicht statthaben. Werden dagegen alle drei als re coniuncti bezüglich des ganzen Grundstücks betrachtet, dann gilt allerdings für sie, wie in dem verwandten Falle für die eingesetzten Erben, Anwachsungsrecht, dann aber müßte consequent auch angenommen werden, daß das Legat des M. nicht nur, wenn S. wegfällt, zu $^1/_3$, wenn T. wegfällt, zu

$^1/_2$ anwachse, sondern auch, wenn S. und T. beide wegfallen, auf das ganze Grundstück sich erstrecke. Doch aber wollen Solche, welche der Ansicht beipflichten, daß M. und S. durch den Hinzutritt des T. in das Verhältniß von re coniuncti versetzt werden, nicht Mehr behaupten, als daß das Legat des M. sowohl durch Wegfallen des S. als durch Wegfallen des T. einen Zuwachs erhalten könne, in keinem Falle aber über die ihm ausdrücklich vermachte Hälfte des Grundstücks gesteigert werde [76]). Zu diesem Resultat ist, nach den sonst vom Anwachsungsrechte geltenden Regeln, nicht zu gelangen. Es kann nur durch Willensauslegung in diesem besonderen Fall gewonnen werden, indem man es als dem Willen des Erblassers entsprechend annimmt, daß bis zur Ergänzung der ihm vermachten Hälfte, aber nicht weiter, dem M. auch gegenüber dem S., mit dem er gar nicht re coniunctus ist, ein Anwachsungsrecht zustehen solle [77]). So wird denn auch von Vielen,

76) Manche sprechen sich darüber nicht bestimmt aus; Huschke namentlich und Windscheid a. a. O. scheinen stillschweigend die oben gezogene Consequenz der Ansicht, daß alle drei bezüglich des ganzen Grundstücks re coniuncti seien, anzuerkennen; vgl. auch Witte a. a. O. und Voet l. c., welcher sagt, daß Javolen fundum iis separatim legatum asserendo nichts anderes ausdrücke als coniunctionem realem, qua singulis separatim . . . totus fundus legatus erat. Burchardi im Lehrb. d. R. R. II. 4. §. 372. S. 1212.; erklärt schlechtweg, daß in diesem Fall das Anwachsungsrecht — „abnormer Weise" — für alle gilt. Andere aber erklären bestimmt, daß M. und S. in unserem Falle nur so weit ein ius accrescendi haben, „daß sie zu den vom Erblasser ihnen gegönnten Theilen zurückkehren." Westphal Vermächtnisse II. §. 1068. Heisler l. c. §. 26. Thibaut Pand. §. 996. nota k. Roßhirt I. S. 610.

77) Dworzak a. a. O. S. 84. fg.

ohne erst eine durch Hinzutritt des T. bewirkte re coniunctio zwischen M. und S. zu Hülfe zu nehmen, die Entscheidung der L. 41. pr. cit. ohneweiters durch den Willen des Erblassers gerechtfertigt, der in diesem besonderen Falle ohne Zweifel dahin gegangen sei, daß dem M. und S. bis zu der jedem vermachten Hälfte auch der Wegfall der Concurrenz des einen oder anderen zu Gute kommen solle [78]). Dworzak hat nun aus den Commentarien des Baldus de Ubaldis eine Begründung dieser Willensauslegung hervorgezogen, die einem alten französischen Juristen, Petrus de Bellapertica, zugeschrieben wird [79]). Die Erklärung desselben geht davon aus,

78) Dworzak a. a. O. S. 86. nennt hier zuerst Duarenus de iure accrescendi II. cap. 13. (Opp. ed. Francofurt. pag. 1093.); aber dieser war der Meinung, nach L. 89. D. de legat. III., daß der verbis coniunctus sogar ein vorzügliches Anwachsungsrecht habe vor dem blos re coniunctus, und sucht nun darzuthun, daß dem L. 41. pr. cit. nicht widerspreche; er stößt sich gar nicht daran, daß des wegfallenden S. Vermächtnißtheil dem M., sondern daß er auch dem T. (utrique) accresciren solle, und das erklärt er daraus, quod in ea specie non videretur plena ac vera esse coniunctio (des M. und S.), daher Javolenus, „cum animadverteret . . . subobscuram esse testatoris voluntatem, in dubio maluit in partem humaniorem inclinare et exaequare legatarios quam alios alii anteponere.“ Hätte die Verfügung wie in L. 89. cit. gelautet: Maevio et Seio fundum aequis partibus lego, so wäre nach Duaren's Meinung des wegfallenden S. Antheil ausschließlich dem M. zugesprochen worden. — Uebrigens vgl. Baumeister, Anwachsungsrecht S. 237. fg. Seuffert Pand. III. §. 621. Anm. 5. Sintenis Civilr. III. §. 213. Anm. 36. Machelard l. c. tom. III. p. 193. VI. p. 208. Tewes Erbr. II. §. 97. B. 1. a. E., auch Unger Erbr. §. 63. Anm. 5. a. E.

79) Nach Savigny's Geschichte des röm. Rechts in MA.

daß M. und S. weder re noch verbis coniuncti seien, wohl aber T. beiden re coniunctus; daher accrescire der Theil des wegfallenden Seius eigentlich nur dem Titius (venit ad Titium solum iure coniunctionis realis), nicht dem Maevius (iure alicuius coniunctionis, quae sit inter Maevium et Seium); aber per quoddam indirectum komme doch auch dem Maevius der Wegfall des Seius zu Gute, weil nehmlich Titius mit diesem als re coniunctus concurrire, nach dem Willen des Testators aber nur doppelt soviel als Maevius haben solle, also auch von dem ihm accrescirenden Theil des Seius dem Maevius jene Quote überlassen müsse, welche jenem Verhältniß entspricht, so daß T. doppelt soviel als M. erhalte. Und dieser Interpretation gibt Dworzak seinen Beifall. Wirklich befriedigend aber kann auch sie nicht genannt werden; sie sucht wohl durch eine neue Wendung das Resultat der Entscheidung Javolen's zu rechtfertigen, aber daß sie dessen Gedanken treffe und dem Ausdruck desselben entspreche, kann nicht von ihr gerühmt werden. Javolen sagt einfach: „pars Seii utrique accrescit," und deutet durch nichts an, daß dem Maevius nicht ganz gleichmäßig wie dem Titius direct, sondern nur per indirectum accrescire. Die Art, wie er seine Entscheidung rechtfertigt, verräth auch nichts davon, läßt vielmehr eher noch vermuthen, daß er das ganze Grundstück als allen vermacht an-

VI. S. 27. fg. ist Bellapertica als Kanzler des Königs von Frankreich im J. 1308 gestorben, nachdem er früher in Toulouse und Orleans als Rechtslehrer thätig gewesen war. Unter den von Savigny angeführten Schriften desselben ist keine, worin man gerade eine Erklärung der L. 41. pr. cit. suchen möchte. Baldus aber referirt darüber in seiner Lectura subtilis super Infortiato Tridini 1519. fol. 125., auch Scipio Gentilis in seiner Diss. de iure accrescendi cap. 5.

sehe, nur mit Bestimmung ungleicher Theile für den Fall, daß alle das Legat erwerben.

Als Resultat der langen Erörterung über die L. 41. pr. cit. bleibt nur übrig, daß allerdings, ungeachtet den verschiedenen Vermächtnißnehmern ausdrücklich Theile derselben Sache bestimmt sind, nach Umständen doch einer Willensauslegung Raum zu geben ist, wornach denselben wie re coniunctis ein Anwachsungsrecht zukommt, und daß insbesondre in dem Falle, wenn jene in dem ihnen ausdrücklich bestimmten Theile durch Hinzukommen noch eines gemeinschaftlichen Collegatars verkürzt sind, ihnen wenigstens bis zur Ergänzung des ihnen bestimmten Theils ein Anwachsungsrecht zu Gute komme. Daß denselben unter einander selbst ein vorzügliches Anwachsungsrecht vor dem gemeinschaftlichen Collegatar zustehe, ist nicht begründet, es wäre denn, daß sie nach der erkennbaren wahren Willensmeinung des Erblassers als re et verbis coniuncti mit dem Legat derselben Sache bedacht sein sollten [80].

80) Diejenigen, welche in L. 41. pr. cit. Maevius und Seius für re coniuncti erklären, müßten consequent dies behaupten, wenn dieselben zugleich verbis coniuncti wären. Vgl. oben S. 56. Dworzak a. a. O. S. 84. Darauf könnte dann noch etwa im Justinianischen Recht die Bemerkung des Paulus in L. 89. D. de legat. III., daß auch dem blos verbis coniunctus ein Vorzug zuzuerkennen sei, bezogen werden. Auch Puchta läßt das zu, im Lehrb. §. 542. Anm. c. freilich nur „allenfalls", bestimmter in den Vorlesungen II. §. 542. („Hier ist dann der verbis coniunctus vor dem re coniunctus berechtigt, bis er das seinige hat"). Aber diese Deutung ist doch sehr gesucht, um so mehr, da in L. 41 pr. Javolen dem M. nicht einen Vorzug vor T. gibt, und gesteht man besser, daß die Compilatoren jenen Satz der L. 89. cit. nur aus Versehen stehen gelassen haben. Dem Paulus hier Gedankenlosigkeit

4) Voraussetzung des Anwachsungsrechts ist, daß ein Mehreren hinterlassenes Vermächtniß zu einem Theil frei, von der einen der damit bedachten Personen nicht erworben werde. Es kann aber der Fall sein, daß das Vermächtniß in Ansehung der einen von jenen Personen von Anfang an nicht zu Recht besteht, ungültig angeordnet ist: welche Wirkung hat dies für den Mitbedachten? z. B. es ist dem A und B eine Sache vermacht, B aber war schon zur Zeit der Testamentserrichtung gestorben oder erbunfähig. Ist nun dem A allein die ganze Sache vermacht? Ein Anwachsen seines Legates findet hier eigentlich nicht statt; da das Legat des B nichtig ist, so droht jenem von dessen Seite nie eine Concurrenz; es decrescirt ihm nichts. Wie aber das ius accrescendi bei dem alten Vindicationslegate eigentlich nur ein ius non decrescendi war, so konnte man hier auch sagen, dem A accrescire der Vermächtnißtheil, welcher dem B zugekommen sein würde, wenn das Legat an denselben gültig wäre, sowie man auch von den eingesetzten Erben sagte, daß ihnen der nicht vergebene, also auch der nicht gültig, z. B. einem Unfähigen, vergebene Theil der Erbschaft accrescire [81]). Es mußte im Erfolg ganz dasselbe eintreten, wenn neben einem Legatar dieselbe Sache einem anderen nichtiger Weise vermacht war, als wenn der zweite durch gültiges Legat zu derselben Sache berufene Collegatar hinterher aus irgend welchem Grunde wegfiel, nicht wirklich concursu suo partem faciebat; der erste behielt das Ganze als suum legatum imminutum. Davon würde die an anderem Orte ausführlich besprochene Anwendung bei dem Prälegat gemacht,

vorzuwerfen, wie es Burchardi a. a. O. S. 1211. Anm. 20. thut, hat der Verfasser selbst später als ungegründet erkannt. Vgl. oben S. 29. Anm. 41. a. E.

81) §. 7. J. de hered. instit. II. 14. L. 17. §. 3. D. de hered. instit. XXVIII. 5.

von dem Gesichtspunkt aus, daß dieses, soweit es auf dem eigenen Erbtheil des Prälegatars lastet, als von Anfang nichtiges Legat zu betrachten sei [82]). Im Justinianischen Rechte muß nun, was im alten Recht vom Vindicationslegate galt, auch in dieser Beziehung als Regel für alle Vermächtnisse anerkannt werden: wem durch eine nichtige Vermächtnißanordnung in Ansehung des ihm gültig vermachten Gegenstandes ein Collegatar beigesellt ist, der hat allein ungemindert das Recht auf das ganze Vermächtniß. Allein in den Digesten finden sich doch Stellen, welche damit im Widerspruche stehen. In L. 16. pr. D. de legat. I. heißt es:

Si duobus res coniunctim legata sit, quamvis alter in rerum natura non fuerit, alteri solam partem deberi puto verum esse.

Das einer nichtexistirenden Person hinterlassene Legat ist nichtig; derjenige, welchem gemeinsam mit einer solchen eine Sache vermacht ist, hat keine Concurrenz zu fürchten; gleichwohl glaubt Pomponius, daß ihm nur ein Theil der Sache gebühre. So würde er nicht entschieden haben, wenn er ein Vindicationslegat vor Augen gehabt hätte, durch welches, coniunctim oder disiunctim, dieselbe Sache einem Lebenden und einem schon Verstorbenen vermacht wäre. Aber er hatte ein Damnationslegat vor Augen, durch welches in einer Satzverbindung zweien dieselbe Sache vermacht war, und da mußte er nach dem Rechte seiner Zeit sich sagen: partes ab initio fieri, und wie nun, wenn das Legat in Ansehung beider gültig war, aber einer von beiden wegfiel, doch der andere auf seinen Theil beschränkt blieb, so, nahm Pomponius mit Recht an, könne der gültig Bedachte auch dann nur den Theil fordern, wenn der Mitbedachte gar nicht existirte.

82) Vgl. den Comment. Th. 47. S. 138 fg.

Ebenso erklärt sich L. 34. §. 9. D. de legat. I., wo aus Ulpian's lib. XXI. ad Sabinum referirt wird:

Si coniunctim res legetur (*scil.* pluribus per damnationem), constat, partes ab initio fieri, nec solum hi partem faciunt, in quorum persona constitit legatum, verum hi quoque, in quorum persona non constitit legatum, ut puta, si Titio et servo proprio sine libertate.

Das dem eigenen Sclaven des Erblassers ohne Freilassung desselben unbedingt hinterlassene Legat war nach der Catonianischen Regel nichtig [83]). War nun dem Titius in Gemeinschaft mit solchem Sclaven dieselbe Sache per vindicationem legirt, so hatte wiederum jener nicht das concursu partes fieri zu besorgen; aber das Damnationslegat war sofort zwischen Titius und dem Sclaven getheilt und es nützte jenem nicht, daß dasselbe zur einen Hälfte nichtig war.

Ein verwandter Fall kommt vor in L. 84. §. 8. D. de legat. I. (Julian. lib. XXXIII. Digest.:

Si Titio et Maevio legatus fuerit Stichus, qui Titii erat, debebitur pars Stichi Maevio, nam Titius, quamvis ad legatum non admittatur, partem faciet.

In diesem Fall konnte das Legat nur ein Damnationslegat sein, da eine nicht dem Testator gehörende Sache Gegenstand desselben war [84]). Nun war aber das Legat bezüglich des Titius ebenfalls nach der Catonianischen Regel nichtig, weil dieser selbst zur Zeit Eigenthümer der vermachten Sache war [85]). Dennoch konnte Maevius nur die Hälfte der vermachten Sache fordern; denn durch

83) Gai. II. §. 244. §. 32. J. de legat. II. 20. Vgl. Arndts' gesammelte civ. Schriften II. S. 496. fg.

84) Vgl. Th. 46. S. 18. 21.

85) Vgl. Th. 46. §. 1519. S. 223. fg.

das Legat: „Titio et Maevio rem dare heres damnas esto“ war jedem sofort ab initio nur eine Forderung auf die Hälfte der Sache begründet; daß der Erbe dem Titius die Hälfte nicht zu geben hatte, weil diesem selbst die ganze Sache gehörte, das gab dem Maevius nicht größeren Anspruch.

Einen Fall, da wegen Erwerbunfähigkeit eines Mitbedachten für dessen Theil das Legat nicht zu Recht besteht, betrifft L. 7. D. de legat. II. (Paul. lib. VIII. ad Plaut.):

> Si Titio et ei, qui capere non potest, decem legata sunt, quia duobus heres dare damnatur et unus capere non potest, quinque sola Titio dantur.

Wahrscheinlich hatte Paulus hier nicht den Fall vor Augen, wenn dem Mitbedachten zur Zeit der Testamentserrichtung die Testamentifactio fehlte und darum das Legat bezüglich seiner von Anfang nichtig war, sondern den Fall wenn derselbe nur incapax und aus diesem Grunde das Legat zu erwerben noch immer unfähig war. Im Justinianischen Recht aber, in dem die Fälle bloßer Incapacitas fast ganz verschwunden sind, kann die Stelle füglich auch auf den Fall völliger Erbunfähigkeit des einen Mitbedachten bezogen werden, und kann nach Vergleichung mit den anderen Stellen jedenfalls kein Zweifel darüber sein, daß die alten Juristen den Fall, wenn das gemeinsame Legat bezüglich eines Mitbedachten wegen mangelnder Testamentifactio desselben von Anfang nichtig war, ebenso wie die verwandten oben angeführten Fälle beurtheilt haben. Es ist nicht zu läugnen: in Justinian's Digesten wird noch in verschiedenen Anwendungen der Rechtsatz gelehrt, daß, wenn eine Sache, eine Summe Mehreren vermacht, das Vermächtniß aber in Ansehung eines derselben von Anfang nichtig ist, darum die übrigen nicht die

ganze Sache, die ganze Summe fordern können, sondern auf den Theil beschränkt bleiben, welcher ihnen im Fall der Concurrenz des nichtiger Weise mit ihnen Bedachten zukommen würde.

Dennoch müssen wir für das Justinianische Recht nach L. un. §. 11. Cod. de cad. toll. das Gegentheil behaupten und an dem oben S. 67. aufgestellten Rechtsatze festhalten. Alle eben besprochenen Digestenstellen bezogen sich nur auf Fälle, wo per damnationen in demselben Redesatze (coniunctim in diesem Sinn) Mehreren Etwas vermacht war, wo dann die Regel Anwendung fand: damnatio partes facit, oder: partes ab initio fiunt. Die Aufnahme derselben in die Digesten kann nur als ein Versehen betrachtet werden, insofern man schon damals auch in dieser Beziehung die Verschiedenheit der Vermächtnisse für beseitigt hielt und die Regel des alten Vindicationslegats als gleichmäßig für alle Vermächtnisse geltende ansah, wie sie in §. 8. J. de legat. II. 20. aufgestellt wird. Oder: insofern etwa die Gleichstellung aller Vermächtnisse auch in dieser Beziehung noch nicht durchgeführt schien oder nicht zum klaren Bewußtsein gelangt war, ist doch jenen Stellen durch die später erlassene L. un. cit. derogirt worden. Vorerst ist einleuchtend, daß, wenn Mehreren in getrennten Verfügungen dieselbe Sache vermacht ist, der eine die ganze Sache erwirbt, sowohl wenn das Vermächtniß rücksichtlich des anderen von Anfang an nichtig war, als wenn dieser, gültig bedacht, aus anderem Grunde wegfällt. Diesen Fall berühren jene Stellen gar nicht. War per damnationem disiunctim Mehreren dasselbe vermacht, so hatte jeder unabhängig von dem anderen die Forderung auf das Ganze; es ging den einen gar nichts an, ob und aus welchem Grunde das Vermächtniß des anderen nicht wirksam war oder wurde. Das ist nun durch L. un. §. 11. dahin geändert, daß, wenn die-

selben alle erwerben, regelmäßig jeder auf einen Theil beschränkt wird, wie es bei dem Vindicationslegat immer der Fall war; daß aber einer das Ganze erhalte oder behalte, hängt lediglich davon ab, daß kein anderer mit ihm concurrire, ihm keinen Theil entziehe, ohne Unterschied, aus welchem Grunde dies nicht geschieht, ob, weil das Legat des anderen ursprünglich nichtig war oder später nichtig geworden ist oder weil derselbe das Legat verschmäht. Es wäre ja ein wahrhaft absurdes Recht, welches bestimmte: Derjenige, welchem eine Sache vermacht ist, kann die ganze Sache erhalten, wenn gleich dieselbe Sache gültig noch einem Anderen vermacht ist, wofern nur dieser nicht auch wirklich erwirbt; nicht aber, wenn dieselbe Sache noch einem Anderen nichtiger Weise vermacht ist, obgleich in Folge dieses ungültigen Vermächtnisses für jenen niemals auch nur die Möglichkeit einer Concurrenz des Anderen zu besorgen war.

Aber auch wenn coniunctim Mehreren dasselbe vermacht ist, dem einen gültig, dem anderen ungültig, muß nach L. un. cit. dasselbe behauptet werden, ungeachtet der angeführten hier buchstäblich widerstreitenden Digestenstellen. Schon der Wortlaut des §. 11. der L. un. läßt darüber keinen Zweifel. „Si pars quaedam ex his deficiat", wo Mehreren coniunctim aliquid relictum est, dieser Vordersatz bezieht sich sowohl auf den Fall, wenn einem der Mehreren von Anfang an ungültig vermacht ist, als wenn einer derselben, obwohl ihm gültig vermacht war, doch pro sua parte nicht das Vermächtniß erwirbt. In §. 2. der L. un. wird bemerkt, daß triplici modo ea, quae in ultimis elogiis relinquuntur, contingebat deficere, und dann wird als erster Fall der Art angeführt: „Ea enim vel his relinquebantur, qui in rerum natura tunc temporis, quum condebantur ultima elogia, non fuerant, forte hoc ignorantibus

testatoribus, et ea pro non scripto esse leges existimabant," also gerade derselbe Fall, der in der oben S. 67. angeführten L. 16. pr. D. de legat. I. vorkommt. Sodann erklärt nun §. 3. des Gesetzes eben für diesen ersten Fall der Deficienz [86]), daß in solcher Weise nichtig Hinterlassenes nach bisherigem Recht schon denjenigen, denen es zu entrichten auferlegt war, verblieben sei [87]) und so auch fernerhin verbleiben solle. Aber es wird zugleich die Beschränkung hinzugefügt: „nisi vacuatis vel substitutus suppositus vel coniunctus fuerat aggregatus", d. h. jene Nichtigkeit einer Vermächtnißauflage hatte und hat nur dann die Folge, daß das Vermachte dem Beschwerten nicht entzogen wird, wenn nicht für das nichtig Vermachte dem damit Bedachten ein Anderer substituirt oder als Collegatar beigesellt ist; denn alsdann war das Einem nichtig Vermachte in der That noch gar nicht erledigt, sondern konnte nun dem Substituten oder Mitbedachten zukommen [88]). Somit ist hier positiv anerkannt, daß der Conjunctus, sei er nun blos re oder re et verbis coniunctus, das Ganze erhält, wenn auch bezüglich

86) „In primo itaque ordine, ubi pro non scriptis efficiebantur ea, quae personis iam ante testamentum mortuis testator donasset,"

87) „statutum fuerat, ut ea omnia (bona) manerent apud eos, a quibus fuerant derelicta." In diesem Fall fand auch unter der Herrschaft des Papischen Gesetzes nicht caduci vindicatio statt.

88) „Tunc enim non deficiebant, sed ad illos perveniebant". In Beziehung auf den Beschwerten wird hier gesagt: *non* deficiebant, d. h. die Vermächtnißauflage ist nicht beseitigt, weil sie noch ganz besteht zum Vortheil des Substitutus oder Conjunctus; der Beschwerte ist also nicht befreit von der ihm auferlegten Last. In Beziehung auf den Conjunctus kann aber doch gesagt werden, partem deficere, weil das Legat pro parte nichtig ist.

des Mitbedachten das Vermächtniß ursprünglich nichtig war. Erscheint nun aber der gültig Bedachte in der betreffenden Willensverfügung als re et verbis coniunctus des nichtig Bedachten, so muß alsdann auch die Bestimmung des §. 11. init. zur Anwendung kommen, so daß jener nur, wenn er will, den vacanten Vermächtnißtheil erwirbt, dann aber auch cum omni suo onere. Das letzte hat gar kein Bedenken gegen sich, wenn die Auflage ungetheilt auf das ganze Vermächtniß gelegt ist, das nun allein dem gültig Bedachten zukommt [89]). Für den Fall aber, der allein praktisch bedeutend ist, daß dem nichtig Bedachten eine besondere Last auferlegt worden, ist es bisher von den Meisten nicht angenommen worden, weil man §. 3. und §. 9. a. E. der L. un. dem widersprechend hielt. Es ist aber schon im Th. 47. S. 270. fg. gezeigt worden, daß die herrschende Erklärung der L. un. §. 3. cit. von Francke mit Recht als unhaltbar angefochten worden, der Satz „nisi vacuatis .... perveniebant“ nur als eine Parenthese aufzufassen ist, die gar nicht auf den Substituten oder Miteingesetzten des Belasteten bezogen werden kann, sondern nur auf den Substituten oder Conjunctus desjenigen sich bezieht, zu dessen Gunsten nichtiger Weise ein Erbe mit einem Vermächtniß beschwert ist. Man möchte nun zwar einwenden: „wenn derjenige, dem ein ihm auferlegtes Vermächtniß, weil nichtig, bleibt, die diesem aufgebürdete Last ungeachtet jenes Vortheils, den ihm die Nichtigkeit bringt, doch regelmäßig nicht, sondern nur ganz ausnahmsweise (perraro) zu übernehmen hat, so sei nicht einzusehen, warum denn derjenige, welcher iure accrescendi den Theil eines ihm nichtig zugesellten Miterben oder Collegatars, dem eine besondere Last auferlegt ist, erwirbt, nicht desselben Vortheils der Befreiung von

89) Vgl. Mühlenbruch im Comment. Th. 43. S. 257. fg.

dieser Last genieße. Allein §. 10. der L. un. cit. bestimmt kathegorisch und ausnahmslos, daß den Miteingesetzten „hoc quod fuerit quoquo (oder quocunque) modo vacuatum, si in parte hereditatis vel partibus consistat, . . . cum suo gravamine pro hereditaria parte . . . acquiratur“, unter vacuatum ist aber nach §. 2. 3. auch das nichtig Hinterlassene begriffen. Wenn nun darnach mit Recht behauptet wird, daß der Erbe mit dem Erbtheil des nichtig Miteingesetzten auch die diesem auferlegte Last überkomme, so kann nicht bezweifelt werden, daß nach §. 11. des Gesetzes ebenso dem Legatar der Vermächtnißtheil des ihm nichtig in demselben Redesatze zugesellten Collegatars nur cum omni suo onere zukomme. Wenn aber dieses der Fall ist, so muß es jenem auch freistehen, den anwachsenden Vermächtnißtheil abzulehnen. Wenn also z. B. der Erblasser seinen beiden Halbbrüdern von Vater- und Mutterseite, von denen der letzte schon zur Zeit der Testamentserrichtung ohne Wissen des Erblassers verstorben war, zusammen ein Kapital vermacht, dem Verstorbenen aber auferlegt hat, seiner Schwester eine jährliche Rente zu zahlen, so kann der überlebende Halbbruder von der Vaterseite das ganze Kapital fordern, aber nur mit der Verpflichtung, der Stiefschwester die ihr zur Last des verstorbenen Bruders vermachte Rente seinerseits zu entrichten [90]).

90) Hiermit ist auch Windscheid einverstanden, nachdem er sich von der Richtigkeit von Francke's Erklärung der L. un. §. 3. Cod. de cad. toll. überzeugt hat (vgl. den Comment. Th. 47. S. 274. Anm. 54.). Er sagt in den Pand. §. 633. Nr. 10. unter Verweisung auf Francke's Beitr. S. 122.: „Die Ungültigkeit der Verfügung, auf welche das Vermächtniß gelegt ist, hat Ungültigkeit des Vermächtnisses nicht zur Folge, wenn an die Stelle des Bedachten ein Substituirter tritt, nur ausnahmsweise, wenn an seine Stelle

Was übrigens von dem in L. un. §. 2. cit. erwähnten einzelnen Fall einer pro non scripto zu achtenden letztwilligen Verfügung gesagt ist, muß eben so in allen anderen Fällen eines anfänglich nichtigen Mitvermächtnisses gelten [91]).

5) Dem ebenbesprochenen ist nächstverwandt der Fall, wenn einem der mit demselben Vermächtniß Bedachten unter einer Bedingung vermacht ist, diese Bedingung aber nicht in Erfüllung geht. Hier ist das Vermächtniß als bedingtes gültig angeordnet; sobald aber die Nichterfüllung der Bedingung entschieden ist, verliert es alle Kraft und ist es nun nicht anders, als wenn dasselbe gar nicht wäre hinterlassen worden. Das bedingte Legat war in causa caduci, wenn die Nichterfüllung der Bedingung schon bei

ein Anderer kraft Anwachsungsrechts tritt," und widerlegt dann §. 644. Anm. 15. nach Francke die herrschende Meinung, welche nicht nur die blos re coniuncti, sondern auch die re et verbis coniuncti für die dem ausfallenden Vermächtnißnehmer auferlegten Lasten nicht haften läßt in dem Fall, wo die Verfügung zu Gunsten der Mitvermächtnißnehmer von Anfang an ungültig ist.

91) Ein solcher Fall ist auch der, wenn einem der Mitbedachten unter bedingender Voraussetzung einer in die Vergangenheit oder Gegenwart gesetzten Thatsache vermacht ist, welche nicht besteht. L. 10. §. 1. D. de cond. instit. XXVIII. 7. Anders, wenn durch eine in die Zukunft gesetzte Thatsache, von der jetzt schon entschieden ist, daß sie nicht eintrete, das Vermächtniß bedingt ist. In diesem Falle wird nach der Sabinianischen Ansicht die Bedingung als unmögliche außer Acht gelassen und das Vermächtniß als unbedingtes betrachtet. L. 6. §. 1. D. de cond. et dem. XXXV. 1. Nach der Ansicht der Proculianer (und so auch nach neueren Gesetzgebungen, welche den Sabinianischen Lehrsatz nicht aufgenommen haben) würde dies ein Fall sein, wo das Vermächtniß in der Person des einen Mitvermächtnißnehmers von Anfang an nichtig wäre. Vgl. Arndts' Pand. 8. Aufl. §. 66. Anm. 5. §. 72. Anm. 2. b.

Lebzeit des Testators entschieden war, caducum im engeren Sinn, wenn diese Entscheidung erst nach dem Tode des Testators erfolgte [92]. In beiden Fällen trat nach dem Papischen Gesetze die vindicatio caduci ein, wo nicht ausnahmsweise noch des ius antiquum in caducis zur Anwendung kam; so denn auch, wenn Mehreren dasselbe vermacht war, die dem einen derselben gesetzte Bedingung aber nicht in Erfüllung ging, während für den anderen das Vermächtniß wirksam wurde, sei es, daß diesem unbedingt vermacht war oder die ihm gesetzte Bedingung bei dessen Lebzeit erfüllt wurde. Nach Justinian's Gesetze fällt nun auch hier die caduci vindicatio überall weg. Das durch Vereitelung der Bedingung nichtig gewordene Vermächtniß verbleibt demjenigen, der damit beschwert war (a quo derelictum est), jedoch nur dann, wenn weder ein Substitut an die Stelle des beseitigten Vermächtnißnehmers tritt, noch kraft des Anwachsungsrechts ein mit demselben Vermächtniß bedachter Anderer den Theil des weggefallenen Conjunctus gewinnt. Das Anwachsungsrecht findet hier ganz der Regel gemäß statt, mit der Unterscheidung zwischen re coniuncti und re et verbis coniuncti [93]. In diesem Fall wird denn auch schon in einer Stelle der Digesten das Anwachsungsrecht bestimmt anerkannt, nehmlich in L. 26. §. 1. D. de cond. et dem. XXXV. 1. (Julian. lib. XXII. Digest.):

> Quum eadem res alteri pure, alteri sub conditione legatur, aut quum alter pure, alter sub conditione heres scriptus est, pars legati vel hereditatis deficiente conditione accrescit etiam heredi eius,

92) Nach der Meinung Mancher soll dies jedoch nur gegolten haben, wenn die Deficienz der Bedingung vor der Testamentseröffnung entschieden war. Vgl. Schneider a. a. O. S. 99. fg., aber dagegen Huschke a. a. O. S. 316.

93) L. un. §. 2. 4. 7. vgl. mit §. 11. Cod. de cad. toll.

cui pure legatum vel hereditas data est, si tamen hereditas eius adita fuerit.

Es ist möglich, daß die Nichterfüllung der Bedingung des Legates oder der Erbeinsetzung des einen erst nach dem Tode des mit diesem unbedingt Honorirten sich entscheidet. Alsdann tritt, falls dieser nur vor seinem Tode zu seinem Theil das Vermächtniß oder die Erbschaft schon erworben hatte, auch für dessen Erben noch die Anwachsung ein. Julian hatte hier ohne Zweifel ein Vindicationslegat vor Augen, da nach damaligem Recht, abgesehen vom Praeceptionslegate, nur bei diesem Anwachsungsrecht stattfand. Er dachte sich dabei auch, daß deficiente conditione das Anwachsen von selbst und nothwendig eintrete, ob die Vereitelung der Bedingung schon bei Lebzeiten oder erst nach dem Tode des unbedingt bedachten Legatars sich ereigne. Da aber nach L. un. §. 11. cit. der re et verbis coniunctus das Anwachsen ablehnen kann, so muß nun im letzten Fall auch dem Erben desselben dieses Recht zugestanden werden [94]. Eine andere Digestenstelle, ebenfalls von Julian, L. 30. D. l. c., setzt ausdrücklich den Fall, daß zweien in getrennten Sätzen dieselbe Sache (per vindicationem) vermacht ist, dem einen bedingt, dem anderen unbedingt:

Si separatim mihi totus fundus pure, tibi sub conditione legatus fuerit, et tu decesseris, antequam

94) In der Regel werden freilich in einem Fall dieser Art die beiden Vermächtnißnehmer nur re coniuncti sein; aber möglich war es doch, daß zweien, dem einen bedingt, dem anderen unbedingt, in einer Satzverbindung dieselbe Sache vermacht wurde, z. B.: Titio et, si uxorem duxerit, Seio fundum do lego. — Daß hier Julian Accrescenz annimmt, ungeachtet des zu seiner Zeit geltenden Papischen Rechtes, erklären Manche aus der oben Anm. 92. erwähnten Annahme. Schulting-Smallenburg ad h. l.

conditio existeret, non habebo necessitatem implere conditionem, utpote quum, etiam si conditio defecerit, pars, quam vindicaturus eras, mihi accrescat.

Stirbt der Legatar, während die Bedingung seines Vermächtnisses noch schwebt, so ist dieses eben so vernichtet, wie in dem Fall, wenn die Vereitelung der Bedingung bei Lebzeit des Legatars entschieden ist. Dem Collegatar accrescirt daher sofort dessen Vermächtnißtheil, und zwar auch nach L. un. §. 11. cit. von selbst und sine onere, jetzt ohne Unterschied der Vermächtnißformen. Julian hat aber dort eine Bedingung im Sinn, die objectiv wohl auch von einem Anderen als dem bedingt Bedachten und so nach dessen Tode noch von dem Collegatar erfüllt werden könnte, z. B. „si Titio centum dederit", „si monumentum mihi posuerit". Darum sagt er, der letzte brauche nicht erst diese Bedingung zu erfüllen, um das ganze Legat zu erwerben, da ihm deficiente conditione der Vermächtnißtheil des bedingt neben ihm Bedachten jedenfalls von selbst anwachse, und auch das ist, da separatim bedachte Collegatare vorausgesetzt werden, nach L. un. cit. noch vollkommen richtig. Dagegen lesen wir in L. 54. §. 1. D. de cond. et dem. XXXV. 1. (Javolen. lib. II. ex Cassio) Folgendes:

Duobus eadem res, si heredi centum dedissent, legata est; si alter ex his quinquaginta dederit, partem legati consequetur, et pars eius, qui non dederit, alteri cum sua conditione accrescit.

Javolen setzt ebenfalls ein Vindicationslegt voraus, und zwar ein solches, wodurch zwei Personen coniunctim dieselbe Sache vermacht war, unter der Bedingung, wenn beide zusammen dem Erben 100 gezahlt haben werden. Nach strengster Auslegung könnte man sagen, daß das Legat des einen und des anderen von der Erfüllung der gan-

zen Bedingung, Zahlung von 100 durch beide Legatarien, abhängig gewesen sei, ohnedies der eine oder andere auch nicht einmal pro parte die vermachte Sache erworben habe, nach Erfüllung der ganzen Bedingung aber, wenn beide das Legat erwarben, concursu partes fiebant, wenn einer wegfiel, der andere iure accrescendi das Ganze erworben habe. Aber es begreift sich, daß dieses als zu subtil und dem Willen des Testators nicht entsprechend verworfen wurde, daß man die Bedingung des ganzen Legats als erfüllt ansah, wenn nur dem Erben die ganze Summe bezahlt war, einerlei ob von einem allein oder von beiden zusammen, da diese Zahlung gleichsam als einheitliche Last auf das ganze Legat gelegt war. Nun aber war es natürlich, daß dem einen, um für seinen Theil den Erwerb des Legates sich zu sichern, gestattet wurde, zunächst nur die Hälfte der Summe zu zahlen, also die Erfüllung der Bedingung selbst zu theilen; denn wenn er die ganze Summe bezahlte ohne Auftrag des Collegatars, so könnte dieser das nun unbedingt gewordene Legat zu seinem Theil vindiciren, jener aber hätte erst Ersatz der Hälfte der conditionis implendae causa gezahlten Summe zu suchen, wo sich noch fragte, auf welchem Wege er diesen erlangen könne [95]). Wenn alsdann der Collegatar seinerseits die Zahlung der anderen Hälfte der Summe verweigerte, weil er von dem Legat mit dieser Last nichts wissen wollte, oder vor Erfüllung der Bedingung starb, so

95) Wollte der Collegatar gegen ihn vindiciren, so konnte derselbe jedenfalls durch doli exceptio zum Ersatz genöthigt werden. Sonst könnte etwa an negotiorum gestorum contraria actio gedacht werden. — War etwa die Zahlung der 100 an eine Zeitfrist geknüpft, so konnte der eine Collegatar auch schon wegen Säumniß des anderen die ganze Summe zu zahlen sich veranlaßt sehen, um der Vereitelung des ganzen Legats vorzubeugen.

accrescirte nun dessen Vermächtnißtheil dem anderen, aber nur cum sua conditione, d. h. nur, wenn er nun die noch fehlenden 50 dem Erben zahlte. Das aber hing von seinem Willen ab, und so ergab sich denn in diesem besonderen Fall schon nach Digestenrecht, was nach L. un. §. 11. Regel ist, daß einem collegatarius coniunctus ein erledigter Vermächtnißtheil nur mit seinem Willen, dann aber cum onere (scil. conditionis implendae), accrescirte [96]). Ein anderer Fall ist, wenn nur einem der Collegatare eine Summe zu zahlen zur Bedingung gesetzt ist; hier muß er allein die ganze Summe zahlen, um nur überhaupt zu dem Legate zugelassen zu werden, obgleich er dann durch die Concurrenz des Collegatars nur auf einen Theil der vermachten Sache beschränkt wird, und kann es nur, wenn er ganz wegfällt, sich fragen, ob dieser nun die Last der Erfüllung der Bedingung zu übernehmen habe [97]).

96) Schneider a. a. O. S. 79. will in L. 54. §. 1. cit. keine Ausnahme erkennen, vom Standpunkt des classischen Rechts, nach welchem beim Vindicationslegat die Accrescenz nothwendig und sine onere eintrat, weil hier die Bedingung ungetheilt auf dem ganzen Legat haftet. Aber eine Ausnahme ist es doch, daß der eine doch schon durch halbe Erfüllung der Bedingung seinen Theil erwirbt, und da es keinen Zwang zur ganzen Erfüllung gegen ihn gibt, ihm freisteht, auch wenn der Accrescenzfall eintritt, mit jenem Theil sich zu begnügen. — Uebrigens ergibt sich aus dem Gesagten, daß L. 54. §. 1. cit. zwar ein Beispiel eines auf das ganze gemeinschaftliche Vermächtniß gelegten Onus enthält, in keiner Weise aber zum Belege der Behauptung dienen kann, daß nach L. un. §. 11. cit. der Conjunctus nicht auch eine dem Collegatar namentlich auferlegte Last zu übernehmen habe. Vgl. oben S. 16. Anm. 31. a. E.

97) L. 56. D. de cond. et dem. (Javolen. lib. XIV. epistol.) Cui fundus legatus est, si decem dederit, partem fundi consequi non potest, nisi totam pecuniam numerasset. Die Bedingung muß ganz erfüllt werden;

In Fällen dieser Art kann es sich übrigens ergeben, daß das gemeinsame Legat in der Person des einen Collegatars als unbedingtes schon wirksam ist, während noch dahin steht, ob es auch für den anderen wirksam werde, dieser also jenen durch seine Concurrenz auf einen Theil einschränke. Alsdann kann man sagen, daß einstweilen der eine (definitiv) nur zum Theil das Legat erwerbe, das Ganze erst, wenn die dem Collegatar gesetzte Bedingung vereitelt und so dessen Concurrenz ausgeschlossen ist. So drückt sich Ulpian in Beziehung auf einen verwandten Fall aus in L. 34. §. 10. D. de legat. I. Wenn der Vater im Pupillartestament eine Sache vermacht hatte, so war die Wirksamkeit dieses Vermächtnisses dadurch bedingt, daß der Pupill von dem Pupillarsubstituten beerbt wurde. Hatte nun der Vater dieselbe Sache in seinem Testament noch einem Anderen vermacht (per vindicationem), so war es nach dem Tode des Vaters einstweilen noch, bis zum Tode des unmündigen Kindes, in der Schwebe, ob jener einen Concurrenten haben werde; daher:

Sed si in pupillari testamento alii eandem (rem)

„in eo, quod uni sub conditione legatum est, scindi ex accidenti conditio non potest", d. h. wegen des Umstandes, daß ein Collegatar ihm die vermachte Sache zur Hälfte entzieht, kann jener nicht durch Zahlung von fünf die Bedingung seines Legats erfüllt halten und dieses geltend machen. Als einen verschiedenen Fall (dissimilis causa) stellt Javolen auch dort den Fall gegenüber, wenn zweien dieselbe Sache unter einer beide treffenden Bedingung solcher Art vermacht ist, wie in L. 54. §. 1. cit., und bemerkt darüber: statim a testamento, quo pluribus conditio apposita est, divisa quoque in singulas personas videri potest, et ideo singuli pro sua parte et conditioni parere et legatum capĕre possunt, ohne aber hier auch, wie in L. 54. §. 1. cit., zu erwähnen, daß, wenn einer nicht capit, pars eius alteri cum sua conditione accrescit.

legaverit, quam mihi in suo testamento legavit, Julianus scribit, concursu partes nos habere; interim igitur partem habebit is, cui in suo testamento legavit [98]).

Bei dem alten Vindicationslegate konnte das Verhältniß auch so aufgefaßt werden, daß der eine Legatar einstweilen, nachdem dies legati cessit et venit, die ganze Sache vindiciren könne, da er einstweilen Niemanden findet, qui sibi concurrat [99]), daß erst, wenn nach Erfüllung der Bedingung auch der Collegatar eintritt, dieser ihm concurso suo partem faciat, dagegen ihm in Fall der Vereitelung der Bedingung accrescire [100]) oder eigentlich nicht decrescire. So wird das Verhältniß wirklich beurtheilt in dem Fall, wenn zwei Personen, der einen bedingt, der anderen unbedingt, der Usus fructus einer Sache per vindicationem vermacht war. In L. 6. §. 2. D. de usufr. accresc. VII. 2. sagt Ulpian:

Si mihi usufructus fundi pure, tibi sub conditione legatus sit, potest dici, totius fundi usumfructum ad me pertinere interim . . . .; sed si extiterit conditio . . . . quum in meo statu maneo (nicht etwa capite deminutus fuero), communicandum usumfructum [1]).

Demnach konnte der eine nach Antretung der Erbschaft sofort den Nießbrauch der ganzen Sache antreten, und mußte erst nach Erfüllung der dem Collegatar gesetzten Bedingung von da an diesen als Mitgenossen des Nießbrauchs zulassen. Dies hatte auch keinen Anstand, da das Recht des Nießbrauchs, ganz oder zum Theil, überall

98) Windscheid Pand. §. 644. Anm. 8.

99) L. 1. §. 3. D. de usufr. accresc. VII. 2.

100) L. 35. D. ad leg. Aquil. IX. 2. „retro accrevisse dominum ei videretur."

1) Vgl. den Comment. Th. 9. S. 283.

erst beginnt und nur von da an wirkt, nachdem dies legati cessit et venit [2]. Anders verhielt es sich bei dem Vermächtniß des Eigenthums einer Sache. Hier war es einstweilen noch unentschieden, ob der eine Collegatar die ganze Sache erworben habe, so lange noch durch Erfüllung der Bedingung dem anderen zum Theil das Eigenthum als unmittelbar vom Erblasser ihm zugewendet erworben werden konnte; daher fand man es hier angemessener, von jenem zu sagen: „interim igitur partem habebit.“ Ohnehin aber ist jene Auffassung, die beim Vindicationslegat allenfalls zulässig war, der Natur der Sache nach unzulässig, nachdem durch L. un. cit. das Anwachsungsrecht auf alle Arten von Vermächtnissen ausgedehnt worden ist, auch auf solche, durch die nur eine Obligatio des Erben oder sonstigen Vermächtnißträgers erzeugt wird, und so auch schon nach älterem Recht selbst beim Vindicationslegat, in sofern dem Legatar freistand, das Legat durch persönliche Klage geltend zu machen. Wenn z. B. zweien, dem einen bedingt, dem anderen unbedingt, eine fremde Sache oder eine Summe vermacht ist, so kann der letzte einstweilen unmöglich mehr als den ihm definitiv zukommenden Theil fordern, und kann erst nach Wegfall des Collegatars den anwachsenden Theil nachfordern. Was aber das gemeinschaftliche Vermächtniß des Nießbrauchs an einer Sache des Erben oder eines Dritten betrifft, so kann der L. 6. §. 2. cit. entsprechend es so gehalten werden, daß dem einen Collegatar die persönliche Klage auf Gewährung des Nießbrauchs gegeben wird, zu einem Theil schlechthin, zum anderen zeitlich beschränkt (ad conditionem) bis zum Eintreten des anderen Collegatars. Vgl. unten §. 1524. a.

6) Der wichtigste, weil häufigste, Fall, wo das Anwachs=

2) Vgl. auch L. 4. D. si ususfr. pet. VII. 6.

ungsrecht eintreten kann, ist der, wenn ein Mitbedachter den Anfall des Vermächtnisses, den Zeitpunkt, quo dies legati cedit, nicht erlebt oder in diesem Zeitpunkte nicht vermächtnißfähig ist, sodann, wenn derselbe das angefallene Vermächtniß ablehnt, während es für den anderen Mitbedachten noch in Kraft besteht [3]. Aber auch dadurch kann die Concurrenz eines Collegatars beseitigt sein, daß der Erblasser das Vermächtniß des einen Collegatars späterhin widerrufen hat. War dem A und B zusammen Etwas vermacht, nachher aber bezüglich des B das Vermächtniß zurückgenommen, so kann nun A das Ganze erwerben; muß aber dann als Conjunctus auch die dem B insbesondere auferlegte Last übernehmen, es wäre denn, daß in der Zurücknahme des Vermächtnisses zugleich der Wille des Erblassers, auch diese Auflage zu beseitigen, ausgedrückt worden ist. War dem A und dem B in getrennten Verfügungen dasselbe vermacht, so bewirkt der Widerruf des Vermächtnisses des B einfache Accrescenz zu Gunsten des A von selbst und sine onere. Vorauszusetzen aber ist dabei, daß nicht mit der Ademtion des Vermächtnisses für B eine Translation desselben auf einen Dritten verbun-

3) L. un. cit. §. 2. §. 11. „si vero nemo alius veniat vel venire potuerit.“ §. 8. J. de legat. II. 20. „si alter deficiat, quia aut spreverit legatum aut vivo testatore decesserit aut alio quolibet modo defecerit“ (vgl. oben S. 6. Anm. 8.). Unter das letzte gehört auch der Fall, wenn der Vermächtnißnehmer nach dem Tode des Erblassers conditione legati pendente oder überhaupt ante diem legati cedentem stirbt. L. un. cit. §. 7. (vgl. oben Anm. 93.) — Nach der Meinung von Schneider a. a. O. soll auch das abgelehnte Legat nach älterem Recht nicht caducum gewesen sein und nicht der caduci vindicatio unterlegen haben (arg. fragm. Vat. §. 77. 84.); dagegen Huschke a. a. O. S. 317. cf. L. 9. D. de usu et usufr. leg. XXXIII. 2.

den ist, z. B. „Titio et Seio fundum do lego;“ dann: „quod Seio legavi, Sempronio do lego“ [4]). Hier tritt Sempronius an die Stelle des Seius und nur wenn auch jener wegfällt, kann von einem Anwachsungsrecht des Titius die Rede sein. Verwandt damit ist der Fall, wenn einem der Mitvermächtnißnehmer ein Dritter substituirt ist. Das Anwachsungsrecht ist überall ausgeschlossen, so lange noch der Substitut anstatt des wegfallenden Vermächtnißnehmers das Vermächtniß erwerben kann; nur durch Wegfallen auch des Substituten wird das Vermächtniß zu einem Theil vacant und dem Anwachsungsrechte Raum gegeben [5]). Der einem re et verbis coniunctus Substituirte ist dem anderen Collegatar gegenüber im Zweifel unbedenklich selbst auch als re et verbis coniunctus zu betrachten, wenngleich die Substitution nicht in derselben Satzverbindung angeordnet ist; er ist eben eventuell berufen, die Stelle desjenigen einzunehmen, dem er substituirt ist, und hat in der Regel auch die diesem auferlegte Last mit zu übernehmen [6]). Wenn nun zuerst der collegatarius coniunctus, dann dessen Substitut wegfällt, so wird das Anwachsungsrecht nach der für re et verbis coniuncti geltenden Regel zu bestimmen sein, umgekehrt aber auch dem Substituten des einen Collegatars anwachsen, wenn beide ursprünglich zu dem Vermächtniß berufenen Vermächtnehmer wegfallen. Doch möchte wohl mit Recht beanstandet werden, ob der Conjunctus auch eine dem Substituten

4) Vgl. §. 1. J. de ademt. legat. II. 21. L. 5. D. de adim. vel transfer. legat. XXXIV. 4.

5) L. 50. D. de legat. II. L. un. cit. §. 3. 4. 7. Der Rückfall des erledigten Vermächtnisses an den Vermächtnißträger wird in allen Fällen davon abhängig gemacht, daß nicht „vel substitutus vel coniunctus“ vorgehe; der substitutus geht immer dem coniunctus vor.

6) Vgl. den Comment. Th. 47. S. 282.

seines Collegatars besonders auferlegte Last zu übernehmen habe, wenn diese beide wegfallen, und entschieden ist dies zu verneinen, wenn zuerst der Substitut, z. B. durch früheren Tod, wegfallen ist, dann erst der Collegatar, dem er substituirt war, vor dem Anfall des Vermächtnisses stirbt oder das angefallene ablehnt. Ist dagegen durch Translation ein Anderer an die Stelle des einen Collegatars berufen, so kommt der letzte überall nicht mehr in Betracht. Indessen ist der neue Legatar doch sonst einem Substituten des früher Bedachten zu vergleichen [7]); im Zweifel wird er auch die dem letzten auferlegte Last zu tragen haben, und so wird denn auch er als Conjunctus des anderen Collegatars zu betrachten sein, in gleicher Weise wie der Substitut, wenn derjenige, dem er substituirt ist, mit jenem in einem Satze mit demselben Vermächtnisse bedacht war.

7) Ohne Einfluß auf das Anwachsungsrecht ist es, zu welcher Zeit es sich entscheiden möge, daß eine Concurrenz von Seiten eines Mitvermächtnißnehmers nicht zu erwarten sei, ob schon vor oder erst nach dem Anfall des Vermächtnisses; durch Ablehnung von Seiten des einen Vermächtnisses kann es erst nach dem Anfall entschieden werden, da die früher schon vom Legatar erklärte Ablehnung dessen Vermächtnißrecht noch nicht aufhebt [8]). Es

7) In L. 3. pr. D. de adim. vel transfer. legat. XXXIV. 4. bezeichnet Ulpian die Substitution bei einem Vermächtniß sogar wörtlich als eine translatio legati. „Si quis ita legaverit: *Titio fundum do lego; si Titius decesserit, Seio heres meus dare damnas esto:* recte translatum esse videtur. Hier war aber das Vindicationslegat für den Substituten Seius zugleich in ein Damnationslegat verwandelt.

8) Nach L. 45. §. 1. D. de legat. II. (Pompon. lib. VIII. ad Qu. Mucium) soll die Ablehnung sogar post diem le-

kann denn auch das Anwachsungsrecht erst eröffnet werden, nachdem der eine Vermächtnißnehmer zu seinem Theil bereits das Vermächtniß definitiv erworben hat, und so selbst auch noch nach dessen Tode für dessen Erben die Anwachsung eintreten. Dies ist in der oben S. 76. fg. erklärten L. 26. §. 1. D. de cond. et dem. ausdrücklich ausgesprochen. Dazu bemerkt jedoch Windscheid Pand. §. 644. Anm. 16.: „Justinian hätte für den Fall der re et verbis coniunctio bei seiner Auffassung dieses Falles eigentlich das Gegentheil bestimmen sollen." Wenn nehmlich dieser Fall so aufgefaßt wird, daß den beiden Collegataren zunächst jedem nur ein Theil vermacht, jeder aber dem anderen auf dessen Theil substituirt sei, so müßte consequent behauptet werden, daß der neue, der zu seinem Theil erworben hat, auch den Substitutionsfall, d. i. hier das Wegfallen des Collegatars, erleben müsse, um auch dessen Theil zu erwerben, sowie der eingesetzte und zugleich einem Miterben substituirte Erbe als Substitut nur dann an des letzten Stelle miterbt, wenn bei seiner Lebzeit entschieden wird, daß dieser nicht erbe [9]). Allein es ist schon oben S. 14. Anm. 19. angedeutet, daß diese Auffassung nicht nothwendig der Justinianischen Anordnung unterzulegen ist, und jedenfalls hat Justinian das, was er nach dieser Auffassung, wie Windscheid meint, hätte bestimmen

gati cedentem, antequam dies legati veniat, noch wirkungslos sein. Aber nach Windscheid Pand. I. §. 96. Anm. 5. III. §. 643. Anm. 4. soll darin das letzte Wort des römischen Rechts über diesen Punkt nicht gefunden werden können, vielmehr eine frühere Entwickelungsphase zu erkennen sein. Dagegen jedoch vgl. Scheurl, zur L. v. den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften (Beiträge II. 2.) S. 38. fg.

9) L. 80. §. 1. 2. L. 81. D. de a. v. o. hered. XXIX. 2. L. 45. §. 1. D. de v. et p. subst. XXVIII. 6.

sollen, wirklich **nicht** bestimmt. Mit Recht hält dieser es daher für unzulässig, „ihm diese Bestimmung auf dem Wege einer Entwickelung seines Gedankens zu oktroyiren.“ Wenn also das Wegfallen eines Collegatars erst nach dem Tode seines re et verbis coniunctus, der zu seinem Theil das Vermächtniß schon erworben hatte, sich ereignet, so tritt nun auch noch für dessen Erben das Anwachsungsrecht ein, wie es für ihren Erblasser stattgefunden haben würde, also cum onere, aber auch nur, wenn sie wollen; so wie die Erben das ihrem Erblasser schon ipso iure erworbene Legat, das dieser aber noch ablehnen konnte, an seiner Statt auch noch ablehnen können, so muß ihnen hier die Befugniß zustehen, das Anwachsen abzulehnen und da kann sich denn in dem einen wie in dem anderen Fall, wenn Mehrere Erben sind, auch ergeben, daß der eine ablehnt, der andere annimmt [10]). In solchem Fall denn fragt sich, wem der abgelehnte Vermächtnißtheil zufalle? Wird ein Legat abgelehnt, so soll es sich so verhalten, als wäre es gar nicht hinterlassen worden [11]), es verbleibt also den Beschwerten. Wenn nun von zwei Erben des Legatars der eine annimmt, der andere ablehnt, so muß es sich so verhalten, quasi pro parte nec legatum quidem sit; der verschmähte Vermächtnißtheil bleibt dem Beschwerten; von einem Anwachsungsrecht unter den Erben des Legatars ist keine Rede. Nach Analogie dieses Falles ist nun, so scheint es, auch der Fall zu beurtheilen, wenn ein re et verbis coniunctus erst nach dem Tode des Collegatars, der zu seinem Theile schon erworben hat, wegfällt, von mehreren Erben des letzten aber der eine das Anwachsen des jetzt erledigten Vermächtnißtheils sich gefallen läßt, der

10) L. 38. pr. D. de legat. I.

11) L. 38. cit. §. 1. „pro eo erit, quasi nec legatum quidem sit.“

andere es ablehnt. Zwar, wenn von mehreren Collegataren nur einer den vacanten Vermächtnißtheil ablehnt, so soll dieser nach L. un. §. 11. cit. ganz den übrigen zufallen, nur, wenn alle ablehnen, dem Beschwerten bleiben. In obigem Fall aber scheint es consequent, auch neben dem annehmenden Erben des Collegatars den auf den ablehnenden treffenden Theil des anwachsenden Vermächtnißtheils dem Beschwerten zu belassen.

8) Einiger Erörterung bedarf nun noch für den Fall, wenn einem re et verbis coniunctus collegatarius das Anwachsen eines freigewordenen Vermächtnißtheils dargeboten ist, die Frage, was derselbe als darauf gelegte Last zu übernehmen habe, wenn er den anwachsenden Theil annimmt. Die L. un. cit. spricht sich in §. 4. 9. ziemlich ausführlich über solches Onus aus, zunächst in Beziehung auf den Fall, wenn demjenigen, welcher mit einem Vermächtniß beschwert ist, sei er Erbe oder Vermächtnißnehmer, das zu seiner Last Vermachte aus irgend einem Grunde verbleibt, dieses aber selbst wieder mit einer Last belegt ist; aber was hier darüber gesagt ist, findet auch Anwendung in dem Falle, wenn nach §. 11. des Gesetzes ein Vermächtnißnehmer als Conjunctus von dem Anwachsungsrechte Gebrauch macht. Vorerst ist nun zu bemerken, daß ein Uebergang der Auflage auf einen Anderen überall nicht stattfindet, wenn diese von der Art ist, daß dabei wesentlich die Persönlichkeit des damit Beschwerten in Betracht kommt, dieselbe also von einer anderen Person nicht in gleicher Weise erfüllt werden kann, auf einen Anderen übertragen materiell nicht mehr die gleiche Auflage ist [12]).

12) L. un. §. 9. cit. „Sin vero talis verborum conceptio et facti natura est, ut, quod relictum est, ab alio adimpleri non possit, tunc, etsi lucrum ad alium pervenerit, non tamen et gravamen sequi, quia hoc neque ipsa natura concedit neque testator voluit.“ Als Beispiele werden

Dagegen wenn die Auflage in einer vermögensrechtlichen Leistung besteht, die auch ein Anderer erfüllen kann, so hat sie der Gewinnende zu übernehmen, vor allem, wenn sie im Geben oder Verschaffen eines Vermögensgegenstandes (in dando) besteht, aber auch, wenn in einem Thun (in faciendo), das nicht persönliche Thätigkeit des Beschwerten selbst erfordert, in Herstellung eines Baues oder anderen Werkes, wobei die Bestreitung der Kosten die Hauptsache ist [13]), auch, wenn es sich um die Eingehung eines Rechtsgeschäftes handelt, bei dem es nicht wesentlich auf die Persönlichkeit des Contrahenten ankommt [14]), u. s. w., überall, wo es „nihil refert, sive per eum, de quo testator locutus est, sive per alium eiusdem lucri successorem adimpleatur.“ Die Art und Weise, in welcher die Last auferlegt ist, kann übrigens sehr verschieden sein. Nicht nur der Fall kommt in Betracht, wenn das Legat direct mit einem Fideicommissum beschwert ist, sondern auch, wenn es sonst mit einer Auflage angeordnet (sub modo legatum) ist, und insbesondere auch der Fall, wenn dem wegfallenden Collegatar etwas zu leisten als Bedingung seines Vermächtnisses auferlegt ist [15]). Voraus-

angeführt: „Quid enim, si iusserit eum in certum locum abire, vel liberalibus studiis imbui, vel domum suis manibus exstruere vel pingere vel uxorem ducere? quae omnia testatoris voluntas in ipsius solius persona intelligitur conclusisse, cui et suam munificentiam relinquebat.“ Vgl. den Comment. Th. 47. S. 276.

13) L. un. §. 9. cit. „puta si honorata persona iubeatur insulam vel monumentum vel aliud tale suis sumtibus (nicht: suis manibus) facere“ . . .

14) Z. B. „rem ab herede testatoris emere, vel locationem vel fideiussionem subire“ — locationem wohl nur rei, und mitunter etwa auch operis, nicht operarum.

15) So sagt L. un. cit. in §. 4.: „omnes personas, quibus lucrum per hunc ordinem defertur, eas etiam grava-

gesetzt wird dabei, daß die Bedingung auf ein Thun des Vermächtnißnehmers gerichtet sei, ein dare oder facere desselben. Lautete das Vermächtniß z. B. „Titio et, si consul factus fuerit, Seio fundum do lego", so wird das Legat, wenn Seius nicht Consul wird, zu dessen Theil einfach erledigt wegen Nichterfüllung der Bedingung und Titius kann das Ganze erwerben; von einem Onus ist keine Rede. Dasselbe gilt auch, wenn z. B. verfügt war: „Titio et, si Maeviam uxorem duxerit, Seio do lego." Wird diese Bedingung nicht erfüllt, so bekommt Titius das Ganze, ohne die Maevia zur Frau zu nehmen; die Bedingung, die dem Seius gesetzt ist, muß eine solche sein, die eben so gut auch Titius erfüllen kann, damit dieselbe als Last des ihm anwachsenden Vermächtnißtheils auf diesen übergehen könne. Also z. B.: „Titio et, si Sempronio centum dederit, Seio fundum do lego." In solchem Fall tritt nun deficiente conditione für Titius das Anwachsungsrecht ein; aber hier muß er, um dieses auszuüben, die dem Seius bedingungsweise auferlegte Zahlung leisten. Es kann aber dabei noch sich fragen, wann denn in solchem Fall wegen Nichterfüllung der Bedingung das Vermächtniß des Seius als weggefallen zu betrachten, somit dem Anwachsungsrecht des Titius Raum gegeben sei? ohne Zweifel, wenn Seius gestorben ist, ohne gegeben zu haben, oder wenn er die Zeitfrist, innerhalb deren er geben sollte, versäumt hat; aber, wenn dies nicht der Fall ist, so kann er immer noch die Bedingung erfüllen, so lange er lebt, und kann also einstweilen pendente

men, quod ab initio fuerat complexum (*connexum*? *annexum*?), omnimodo sentire, sive in dando sit constitutum, sive in quibusdam faciendis, vel in modo, vel conditionis implendae gratia, vel alia quacunque via excogitatum. So erwähnt auch §. 9. „si quidem conditio vel aliud gravamen in dando sit constitutum.

conditione Titius nur zu seinem Theil das Legat erwerben. Und strenge genommen würde sich dieses selbst dann nicht anders verhalten, wenn Seius erklärte, daß er nicht geben wolle, sondern auf das Legat unter dieser Bedingung verzichte, weil die Ablehnung des Legats erst post diem legati cedentem wirksam erklärt werden kann [16]). Indessen dürfte es hier wohl praktisch angemessen befunden werden, denselben zu der Erklärung aufzufordern, ob er das Legat mit dieser Bedingung annehme oder nicht, und im Fall verneinender Antwort oder Verweigerung derselben in bestimmter Frist dem Collegatar gegen Erfüllung der Bedingung von seiner Seite das Ganze zuzusprechen, in ähnlicher Weise, wie der unter einer Potestativbedingung eingesetzte Erbe angehalten werden kann, in bestimmter Frist die Bedingung zu erfüllen, unter dem Präjudiz, daß er von der Erbschaft ausgeschlossen werde [17]).

9) Zum Schlusse dieses §. mögen noch einige Stellen der Digesten in ihrem Verhältniß zu dem Recht der L. un. Cod. cit. besprochen werden.

a) L. 10. D. de legat. III. (Valens lib. II. fideicommiss.):

Si tibi et ei, qui ex tribus liberis meis ad funus meum venerit, centum aureos legavero, non minuitur in tua persona legatum, si nemo venit.

Diese Stelle stimmt mit dem neuen Rechte ganz überein; sie könnte nur vom Standpunkt des älteren Rechts etwa Bedenken erregen, namentlich, wenn dabei nicht ein Vindicationslegat, sondern ein Damnationslegat oder Fideicommiß (wie man nach der Inscription vermuthen möchte)

16) L. 45. §. 1. D. de legat. II. vgl. oben S. 86. Anm. 8.

17) L. 23. §. 1. D. de hered. instit. XXVIII. 5. Arndts' Pand. §. 509. Anm. 7. Vgl. auch L. 6. 13. §. 1. D. de optione legata. XXXIII. 5.

vorausgesetzt wird. Aber auch in diesem Fall erklärt sie sich nach Analogie des Falles, wenn einer lebenden Person und einem Postumus zusammen vermacht ist [18]. Wäre verordnet: „heres Titio et tribus liberis meis, si ad funus meum venerint, centum aureos dare damnas esto," so würde nach älterem Recht die Regel „damnatio partes facit" zur Anwendung gekommen sein und sich nur gefragt haben, ob dem Titius 50 oder nur 25 Goldgulden gebührten.

b) L. 99. D. de legat. I. (Julian. lib. LXX. Digest.):

Si domino Stichus legatus esset et servo eius optio data, partem dimidiam Stichi dico ad dominium pertinere, quod possit servus manumissus eundem Stichum optare.

Dem Herrn des Sclaven Pamphilus war des Erblassers Sclave Stichus (per vindicationem) vermacht, dem Pamphilus die freie Auswahl unter sämmtlichen Sclaven des Erblassers; war nun vor dem Tode des Erblassers Pamphilus frei geworden, so konnte er selbständig das Wahlrecht nach Belieben ausüben und so denn auch den Stichus wählen [19]. Dann trat dasselbe ein, als wenn seinem früheren Herrn und ihm in getrennten Verfügungen derselbe Sclave vermacht war; der erste wurde durch seine Wahl auf das halbe Eigenthum des Stichus eingeschränkt. Fiel aber die Wahl auf einen anderen oder überhaupt weg, z. B. nach älterem Recht durch den Tod des Wahlberechtigten vor Ausübung der Wahl [20], so erhielt oder behielt der erste iure accrescendi oder non decrescendi den

18) Vgl. oben S. 39. fg.

19) L. 2. pr. D. de opt. leg. XXXIII. 5. cf. L. 8. §. 2. L. 10. 11. eod.

20) §. 23. J. de legat. II. 20.

ganzen Sclaven Stichus. Bemerkenswerth ist, daß hier, so lange es noch unentschieden ist, ob die Wahl auf denselben Stichus falle, dem Dominus nur das halbe Eigenthum beigelegt wird [21]).

c) L. 13. §. 1. D. de legat. II. (Pompon. lib. VII. ex Plautio.):

Si is, qui unum reum habebat, quod is sibi deberet, duobus in solidum separatim legasset, oneratur heres duobus satisfacere, uni actione cedendo, alteri pecuniam solvendo.

Eine Forderung gegen einen und denselben Schuldner ist zwei Personen ungetheilt in getrennten Verfügungen vermacht worden. Dies konnte nur durch ein Damnationslegat oder Fideicommiß geschehen; auch wenn der Testator sich der Formel des Vindicationslegates bedient hatte, z. B. „Titio quod Sempronius mihi debet do lego," war es doch kein solches [22]). In diesem Fall hatte nun nach älterem Recht jeder Legatar Anspruch auf die ganze Forderung, sowie in dem Fall, wenn zweien dieselbe Sache separatim per damnationem vermacht war, jeder die ganze Sache fordern konnte. Wie aber in diesem Fall der Vermächtnißträger doch nur dem einen die Sache selbst gewähren konnte, den anderen mit dem Schätzungswerthe abfinden mußte, so konnte er im obigen Fall dem einen die Forderungsklage abtreten, mußte dem anderen zahlen, was die Forderung werth war [23]). Dies

21) Vgl. oben S. 81. fg. Gleiches könnte übrigens auch heutzutage vorkommen, z. B. wenn dem A ein bestimmtes Pferd, dem B die freie Auswahl aus dem ganzen Marstall des Erblassers vermacht wäre.

22) L. 75. §. 1. 2. D. de legat. I. cf. L. 105. eod. L. 34. pr. D. de legat. III.

23) Ein verwandter Fall war, wenn der Testator das, was ihm zwei Personen als Correi schuldig waren, zwei verschiedenen

kann nun auch nach L. un. §. 11. cit. noch statthaben, aber nur mehr dann, wenn der Erblasser auf's deutlichste den Willen an den Tag gelegt hat, daß jedem die ganze Forderung auch im Fall der Concurrenz beider vermacht sein solle, und insofern kann L. 13. §. 1. cit. auch neben der L. un. cit. und der L. 33. D. de legat. I. noch bestehen, indem man zu den Worten „in solidum" nur die manifestissima testatoris voluntas hinzudenkt. Im Zweifel aber ist nun eine Theilung der vermachten Forderung anzunehmen, wenn beide das Legat erwerben, und nur iure accrescendi kann einem die ganze Forderung zukommen [24]).

d) L. 38. §. 2. D. de legat. III. (Scaevola lib. XIX. Digest.):

Filiam suam heredem scripserat et ita caverat: ‚veto autem aedificium de nomine meo exire, sed ad vernas meos, quos hoc testamento nominavi, pertinere volo'. Quaesitum est, defuncta herede et legatariis vernis, an ad unum libertum, qui remansit, totum fideicommissum pertineret? Respondi: ad eum, qui ex vernis superesset, secundum ea, quae proponerentur, virilem partem pertinere.

Der Erblasser, der nur eine Tochter als Erbin hinterließ, wollte bewirken, daß sein Haus in Zukunft nicht seinem Namen entfremdet werde. Er hatte daher verord-

Personen vermachte, der einen in Bezugnahme auf den einen, der anderen in Bezugnahme auf den anderen Gesammtschuldner, L. 82. §. 5. D. de legat. I., und wenn von zwei ihm alternativ geschuldeten Sachen der Testator einem die eine, einem anderen die andere Sache vermachte, L. 76. D. eod. L. 50. §. 1. D. de legat. II. Vgl. H. Fitting die Natur der Correalobligationen S. 159. fg.

24) Vgl. den Comment. Th. 46. S. 503. fg.

net, daß nach dem Tode der Töchter dasselbe mehreren im Hause geborenen und durch sein Testament freigelassenen Sclaven, die als Freigelassene seinen Familiennamen trugen, zufallen solle, und zwar hatte er dies in Fideicommißform als seinen Willen erklärt (*volo*), jedoch ohne klar und deutlich ein Familienfideicommiß für die Freigelassenen zu errichten, so daß diese also zu gleichen Theilen zusammen zu dem Vermächtniß berufen waren. Nun aber war zur Zeit, als die Tochter starb, d. i. die fideicommissi cedente, nur noch einer jener Freigelassenen am Leben. Da fragte es sich, ob dieser nun allein das ganze Haus bekomme? Scaevola entschied: nein; er kann nur zu einem Kopftheil, nach der Zahl der ursprünglich bedachten Freigelassenen, das Eigenthum fordern, hielt sich also strenge daran: „in fideicommissis id sequimur quod in damnatione," und „damnatio partes facit"[25]), in einem Falle, wo es doch der Absicht des Testators (ne de nomine eius aedificium exeat) offenbar besser entsprochen hätte, daß der einzige noch lebende Freigelassene seines Namens das ganze Haus erhielt, statt das Eigenthum desselben zum größeren Theil an fremde Erben der Tochter gelangen zu lassen. Mit der L. un. §. 11. cit. aber steht diese Entscheidung Scaevola's in unversöhnlichem Widerspruch, und muß daher L. 38. §. 2. cit. nach L. un. cit. als antiquirt angesehen werden[26]).

25) Vgl. Th. 46. S. 481. Anm. 83. S. 483. Anm. 88. Für Scaevola war übrigens nach dem Rechte seiner Zeit der Entscheidungsgrund wohl der, daß er hier kein Familienfideicommiß erkannte; iure accrescendi konnte der einzige übrig gebliebene Verna das ganze Haus keinesfalls erlangen, da die partes viriles der verstorbenen als caducae ihm durch die caduci vindicatio entzogen wurden. In den Digesten aber, wornach diese nicht mehr bestand, liegt darin eine Aberkennung des Anwachsungsrechts.

26) Vgl. oben S. 5. fg. S. 20. Es fehlt übrigens nicht an

e) L. 89. §. 2. D. de legat. II. (Scaevola lib. IV. respons.):

Seio, quem heredi substituerat, ita legavit: „Seio, si mihi heres non erit, et uxori eius Marcellae argenti libras quindecim dari volo"; quaero, cum Seius heres extiterit, an Marcellae legati dimidia portio debeatur? Respondi, secundum ea, quae proponerentur, deberi.

Das Vermächtniß war ein Fideicommiß [27]). Ein Zweifel, ob der Marcella dessen Hälfte gebühre, konnte wohl nur daher rühren, daß man sich fragte, ob nicht die Bedingung, wenn Seius nicht Erbe wird, auch auf das Vermächtniß der Frau zu beziehen sei? Dies wird verneint, aber der Frau auch nicht mehr als die Hälfte zugesprochen, obgleich ihr Collegatar wegen Deficienz der Bedingung wegfallen ist, und das war nach älterem Recht richtig [28]). Nach L. un. cit. aber wäre consequent iure

Versuchen, die L. 38. §. 2. cit. auch mit L. un. cit. in Einklang zu bringen. Accursius wollte sogar „virilem partem", weil nur einer da sei, gleichbedeutend halten mit „totum fideicommissum", was Westphal §. 1044. „lächerlich" nennt. — Cuiacius sucht die Erklärung dafür, daß kein Anwachsungsrecht anerkannt werde, darin, daß die vernae namentlich aufgeführt seien (Cuiac. obs. XV. 4. in opp. III. col. 425. und ad L. 38. cit. in opp. X. col. 1106.), wogegen Westphal mit Recht bemerkt: das geschehe ja bei allen Mitlegatarien. Vgl. A. Faber coniectur. lib. XIV. cap. 16. Error. pragmat. XLIX. 6. num. 3. Schulting-Smallenb. ad L. 38. §. 2. cit.

27) Unrichtig sagt Westphal §. 1043.: „Dari volo sind verba damnationis". Vgl. Cuiac. in lib. IV. respons Scaev. ad h. l. (opp. VI. col. 759.).

28) Schon darum verwerflich die künstliche Interpretation von Scipio Gentilis de iure accresc. cap. 4. Voet ad

accrescendi der Marcella das ganze Vermächtniß zuzusprechen.

f) L. 41. §. 9. D. de legat. III. (Scaevola lib. XXII. Digest.):

„Agri plagam, quae est in regione illa, Maeviis, Publio et Gaio, transcribi volo, pretio facto viri boni arbitratu et hereditati illato, duplae evictione expromissa a [29]) reliquis heredibus, ita ut sub poena centum promittant, eam agri plagam partemve eius ad Seium posterosve eius non perventuram quaqua ratione“: quaesitum est, an legatum valeat, cum Publius emere velit, Gaius nolit? Respondit: eum, qui fideicommissum sibi praestari velit, posse partem dimidiam eius agri, qui legatus est, petere, quamvis alter nolit. Item quaesitum est: cautio, quae interponi debeat secundum voluntatem, pro quota parte cuique heredum praestanda sit? Respondit: pro ea portione, quae ex fideicommisso praestatur.

Ein complicirter Fall! Die fideicommissarische Verfügung bezweckt, daß den beiden Brüdern Maevius ein bestimmter Strich Ackers überlassen werde, gegen einen billigen der Erbschaft einzuwerfenden Preis, also kaufweise, und soll denselben dann auch wegen möglicher Eviction Sicherheit gegeben werden durch duplae promissio a reliquis heredibus. Warum a reliquis? Cujacius

pand. lib. XXX—XXXII. §. 4., wornach unter der legati dimidia portio die Hälfte zu verstehen sein soll, welche existente conditione dem Seius zugekommen wäre (die portio deficiens), da der Marcella der Erwerb ihrer Hälfte die legati cedente sofort gesichert sei.

29) Die Florentina hat nur expromissa (bei Torelli mit kleinem a). Mommsen macht dazu die Note: promissa a?

glaubte, es müsse gelesen werden relictis [30]). Aber diese Emendation ist nicht anziehend; warum hätte Scaevola nicht einfacher und schöner gesagt: „ab heredibus"? [31]) Ich vermuthe, daß in dem von Scaevola begutachteten Falle die Maevier Miterben waren, so daß also eine Art von Praefideicommiß vorlag; es sollte ihnen gegen den zur Erbschaft einzubringenden Preis der Acker zugeschrieben werden [32]), die Miterben aber für Eviction haften, so wie auch im Erbtheilungsverfahren bezüglich adjudicirter Sachen den Miterben solche Haftung auferlegt werden kann [33]). Der Erblasser wollte zudem, vielleicht wegen alten Streites, verhindern, daß der fragliche Acker ganz oder auch nur zum Theil an Seius oder dessen Nachkommen gelange, und legte deshalb den Maeviern das Versprechen einer Geldstrafe an die Erben auf für den Fall, daß dies doch geschehe. Nun war der eine Maevius bereit, den Acker zu kaufen; der andere lehnte es ab. Da fragte es sich, ob das Fideicommiß doch zu Recht bestehe? wogegen es Bedenken erregen mochte, daß jener, wenn er nur zum Theil den Acker erwarb, nicht dafür einstehen konnte, daß auch nicht ein Theil desselben an Seius gelange. Scaevola aber sieht auch dieses Vermächtniß des Kaufrechts als ab initio getheilt an, und erkennt dem Gaius das Recht zu, die Hälfte des Ackers zu kaufen, aber auch nur partem dimidiam eius agri. Nach L. un. cit.

30) Cuiac. ad tit. de legat. III. (Dig. lib. XXXII.) h. l. (opp. X. col. 1118.). So auch Westphal §. 1039.

31) Der Auszug Tipucitus sagt freilich nur schlechthin: καὶ τοὺς κληρονόμους μοῦ, ohne das Adjectiv reliquis zu berücksichtigen. Basil. XLIV. 3. cap. 40. §. 9. (Heimb. IV. p. 380.)

32) „Transcribi", vgl. L. 12. D. de praescript. verb. XIX. 5.

33) L. 25. §. 1. D. fam. ercisc. X. 2. L. 14. Cod. eod. III. 36.

muß ihm nun auch hier das Recht zugestanden werden, iure accrescendi den ganzen Acker gegen Zahlung eines billigen Preises zu fordern, aber auch cum omni suo onere, also mit der Auflage, die ganze Geldstrafe von 100 zu versprechen.

g) L. 55. pr. D. de legat. II. (Gai. lib. XII. ad leg. Jul. et Pap.):

Si Titio et mihi eadem res legata fuerit, et is die legati cedente decesserit me herede relicto, et vel ex mea propria causa vel ex hereditaria legatum repudiavero, magis placere video, partem defecisse.

Dem Titius und Seius ist coniunctim dieselbe Sache (per vindicationem) vermacht; beide erleben den Anfall des Legats; Titius aber stirbt, ohne dasselbe angenommen oder abgelehnt zu haben, und wird beerbt von Seius. Nun kann dieser die Sache pro parte ex sua propria causa, als ursprünglich Collegatar des Titius, pro parte ex hereditaria causa, als dessen Erbe, vindiciren; er lehnt aber in der einen oder anderen Eigenschaft das Legat ab, erwirbt also dasselbe nur pro parte. Es wurde entschieden: partem legati defecisse, d. h. ohne Zweifel: dasselbe sei zur Hälfte caduc geworden [34]). Nun konnte nach altem Recht Seius als collegatarius coniunctus immerhin noch diese Hälfte durch caduci vindicatio in Anspruch nehmen; das geschah aber natürlich nicht, wenn er als Erbe des Collegatars das diesem be-

34) Vgl. Mayer, Anwachsungsrecht S. 194. fg. Dieser führt die Stelle unter anderen als Beweis dafür an, daß in den Digesten noch das Recht der lex Papia nicht ganz beseitigt sei; vgl. oben S. 5. Anm. 5. Dieselbe beweist entscheidend gegen Schneider's Meinung, daß die Ablehnung eines Legats nicht Caducität bewirkt habe; vgl. oben S. 84. Anm. 3.

reits angefallene Legat verwarf. Nach der L. un cit. §. 11. würde nun Seius, wenn er nicht verbis coniunctus des Titius wäre, dessen Theil im Fall der Ablehnung des Legats ex hereditaria causa von selbst iure accrescendi zu dem seinigen hinzuerwerben sine onere; als re et verbis coniunctus aber kann er ihn ablehnen, mit der Wirkung, daß ihn der Erbe behält cum onere. Demnach steht L. 55. pr. cit. nicht im Widerspruch mit L. un. §. 11. cit.; die Compilatoren konnten sie sogar mit Bedacht aufnehmen, wenngleich ihnen die L. un. cit. schon in ihrer vollständigen Fassung vorgelegen hätte.

## §. 1524. a.

### Anwachsungsrecht beim Vermächtniß des Nießbrauchs einer Sache.

Wie das Eigenthum, so kann auch das Recht des Nießbrauches an einer und derselben Sache Mehreren vermacht sein mit dem Erfolg, daß diese, wenn sie alle das Vermächtniß erwerben, einander je auf einen Theil einschränken. Und da kann denn, wenn einer ausfällt, auch ein Anwachsungsrecht für die übrigen eintreten, wie dies schon in der bisherigen Erörterung öfter berührt worden ist. Dabei aber kommen verschiedene Eigenthümlichkeiten in Betracht, die sich aus der eigenthümlichen Natur dieses Vermächtnißgegenstandes ergeben. Darüber enthält nun zwar dieser Commentar schon im Theil 9. (erschienen im Jahr 1808.) eine ausführliche Entwickelung als Erläuterung zu dem betreffenden Titel der Digesten: de usufructu adcrescendo VII. 2.; aber, wie schon oben S. 6. Anm. 8. erwähnt ist, seitdem ist uns in den erst 1824 veröffentlichten jetzt sogenannten Vaticanischen Fragmenten ein höchst bedeutendes Hülfsmittel zur Erläuterung jenes Digestentitels dargeboten worden, wodurch auch alsbald

mehrere neue Bearbeitungen dieser schwierigen Lehre hervorgerufen worden sind [35]); da erscheint es denn als eine Art von Pflicht für den Nachfolger Glück's, in diesen Erläuterungen an passendem Orte nachträglich in Erwägung zu ziehen, was jene später entdeckte Quelle zum Verständniß des angeführten Titels beiträgt, und in wiefern etwa die unter Berücksichtigung derselben versuchten neueren Bearbeitungen dieser Lehre zur Ergänzung oder Berichtigung der in Th. 9. gegebenen Darstellung Glück's Stoff und Anlaß geben.

Was nun zunächst die allgemeinste Voraussetzung des Anwachsungsrechts in Anwendung auf vermachten Nießbrauch betrifft, so wird dasjenige, was Glück a. a. O. S. 264. fg. darüber vorträgt, durch die Vaticanischen Fragmente vollaus bestätigt: Es muß Mehreren, jedem für sich, der Nießbrauch derselben ganzen Sache oder der ganze Nießbrauch derselben Sache vermacht sein, so daß der einzelne nicht schon durch das Legat an sich, sondern nur dadurch, daß auch der andere sein gleiches Recht geltend macht, auf einen Theil des Nießbrauchs eingeschränkt wird. Dies geschah nach älterem Rechte durch ein Vindicationslegat, das nicht ausdrücklich auf Theile sich beschränkte, nicht durch Damnationslegat oder Fideicommiß [36]). Die

35) Vgl. Alex. Fel. Eleon. Leliévre, diss. historico-iuridica de usufructu adcrescendo. Lovanii 1827. Henr. Heimsoeth de usufructu accrescendo ex iure romano. Coloniae 1831. Roßhirt Verm. I. S. 611—627. Schneider, Anwachsungsrecht S. 283—309. K. Witte in Weiske's Rechtslexikon I. S. 321 — 325. R. Elvers, römische Servitutenlehre S. 727. fg. Baron d. Gesammtrechtsverhältnisse im R. R. S. 177—195. Vangerow §. 554. Anm. 1. (7. Aufl. II. S. 535 — 541.). G. A. Schlayer im Arch. f. civ. Prax. LI. 18. S. 334 —353. Windscheid Pand. III. §. 645.

36) Vgl. Th. 46. S. 477. fg. und oben S. 3. fg.

L. 1. pr. D. h. t. (Ulpian. lib. XVII. ad Sabin.) finden wir in den Vaticanischen Fragmenten in §. 75. wieder, freilich nur zum Theil leserlich, aber mit Wahrscheinlichkeit eben aus L. 1. cit. folgendermaßen ergänzt: *Quoties usus fructus legatus est, est inter fructuarios* ius adcrescendi, sed *ita, si coniunctim sit relictus nec nisi* in do legato m*odo. Ceterum si separatim unicuique partis rei usus fructus* sit relictus, sine du*bio ius adcrescendi cessat*[37]).

So auch findet sich L. 1. §. 3. D. h. t. (Glück a. a. O. S. 266.) in den Fragmenten §. 77., und zwar buchstäblich übereinstimmend bis zu den Worten: „alter totum fundum haberet"; desgleichen L. 1. §. 4. L. 3. pr. D. h. t. in §. 77. 78. der Fragmente. In der letzten Stelle wird als treffend ein Satz des Celsus angeführt: totiens ius adcrescendi esse, quotiens in duobus, qui solidum habuerunt, concursu divisus est. Aber in den §§. 85—87. lehren dann die Fragmente, daß von einem ius accrescendi überall nicht die Rede sein könne, wenn Mehreren der Usus fructus per damnationem legirt oder durch Fideicommiß hinterlassen sei. In den Digestenstellen ist dagegen jede Erwähnung dieser alten Unterschiede der Vermächtnisse absichtlich vermieden, und sind darum die aufgenommenen Fragmente zum Theil erheblich verändert worden; es ist darin nur einfach vom Legat des Usus fructus die Rede, ohne Zweifel, weil man auch hier,

37) So Mommsen in seiner Ausgabe in den Schriften der Berliner Akademie v. J. 1859, Separat-Abdruck Berlin 1860. (Das cursiv Gedruckte ist Ergänzung). Abweichend ergänzt Huschke in der iurisprud. anteiust. ed. 2. p. 645. *Usufructu legato est inter fructuarios* i. a. sed *non omnimodo*, *verum in per praeceptionem et* in do l. l., m*odo coniunctim legatus sit. Ceterum si separatim usus fructus* sit relictus, sine du*bio i. a. cessat*.

wie in §. 8. J. de legat. II. 20., von der Ansicht ausging, daß nach L. 1. 2. Cod. commun. de legat. VI. 48. nunmehr auch in dieser Beziehung die entscheidende Regel für alle Vermächtnisse bilde, was früher nur vom Vindicationslegate galt. Dazu kam dann die L. un. Cod. de cad. toll., die als allgemeines Gesetz auch auf das Vermächtniß des Nießbrauchs Anwendung findet. In so fern dieses neue Gesetz die caducarischen Bestimmungen der lex Papia und somit die caducorum vindicatio endlich ganz beseitigt hat, war es freilich für das Vermächtniß des Nießbrauchs von keiner Bedeutung. Zwar ist nicht zu bezweifeln, daß diejenigen, welche ein Vermächtniß zu erwerben gesetzlich nicht fähig waren (incapaces), auch einen ihnen vermachten Nießbrauch nicht erwerben konnten; daß aber, wenn aus diesem oder einem anderen Grunde das Vermächtniß des Nießbrauchs caduc wurde, diejenigen, „qui in eo testamento liberos habent", oder das Aerarium den vermachten Nießbrauch vindiciren könnten, dem stand die Natur dieses Rechts entgegen, als welches personae cohaeret [38]); daher bestand das Anwachsungsrecht bezüglich dieses Vermächtnisses auch unter der Herrschaft des Papischen Gesetzes ohne Zweifel unverkümmert fort [39]). Nun aber ist der §. 11. der L. un. cit. auf

38) Sollte ohne Verstoß dagegen demjenigen, welchem die caducorum vindicatio zustand, der Vortheil des vermachten Nießbrauchs zugewendet werden, so konnte das nur etwa in der Art geschehen, daß jenem die Ausübung des Nießbrauchs in so lange eingeräumt wurde, als der Nießbrauch in der Person des ausfallenden Legatars Bestand haben würde; davon aber konnte natürlich keine Rede sein, wenn das Legat durch den Tod des Legatars caduc geworden war, und begreiflich war die Jurisprudenz auch sonst nicht geneigt, auf solche künstliche Weise eine caducorum vindicatio herauszubringen.

39) Vgl. Heineccius Comment. ad leg. Jul. et Pap.

das Vermächtniß des Nießbrauchs ebensowohl wie auf jedes andere Vermächtniß, wodurch dasselbe Etwas mehreren Personen hinterlassen ist, anzuwenden. Demnach ist

Popp. III. cap. 9. §. 1. 2. in f. Lelièvre l. c. pag. 10. sq. Heimsoeth l. c. pag. 33 sq. Heineccius statuirt ein eigenes caput legis Papiae, wodurch das ius accrescendi ausgeschlossen worden sei („ius accrescendi . . . ne esto") mit dem ausdrücklichen Zusatz „excepto usufructu legato". Aber es ist sehr fraglich, ob das Gesetz eine solche ausdrückliche Ausschließung des ius accrescendi enthielt; es genügte zu bestimmen, was caducum oder in causa caduci sei, und wem dieses zufalle; dadurch war dann das ius accrescendi ausgeschlossen, sofern nicht ausnahmsweise das ius antiquum in caducis aufrechterhalten wurde. Gai. II. §. 206. Ulpiani fragm. XXIV. §. 12. 13. Daß nun die pars deficiens ususfructus legati nicht als caduca vindicirt werden könne, war vielleicht im Gesetze irgendwie ausgesprochen, konnte aber sehr wohl auch durch die Interpretatio festgestellt werden. Daß aber wirklich bezüglich des Vermächtnisses des Nießbrauchs das ius accrescendi durch die lex Papia nicht alterirt war, wird bestätigt durch Pauli sentt. III. 6. §. 26. „Cum coniunctim duobus usumfructum do lego, legatum altero mortuo ad alterum in solidum pertinebit" (vgl. Arndts und Huschke iurisprud. anteiust. ad h. l., wornach vielleicht zu lesen wäre: *Coniunctim duobus ususfructus do lego legatus* etc.); dafür spricht auch, wie Lelièvre mit Recht bemerkt, der Umstand, daß in den betreffenden Stellen der Vaticanischen Fragmente keine Hindeutung auf caducum vorkommt, ausgenommen beiläufig in §. 84., nicht in Beziehung auf das Vermächtniß des Nießbrauchs, sondern im Gegensatze davon auf das Vermächtniß des Eigenthums an einen Sclaven. Daraus erklärt sich denn auch, daß in den Digesten verhältnißmäßig so viele Stellen aufgenommen sind, welche das Anwachsungsrecht beim Vermächtniß des Nießbrauchs betreffen, im Vergleich mit der geringen Zahl derjenigen, welche sonst vom ius accrescendi sprechen. Vgl. oben S. 6. Anm. 8.

also auch hier zu unterscheiden, ob zwei Personen der Nießbrauch derselben Sache coniunctim oder disiunctim vermacht ist; im ersten Fall kann, wenn der eine wegfällt, der andere den ganzen Nießbrauch erlangen, cum onere, im anderen Fall wächst diesem der freiwerdende Theil des Nießbrauchs von selbst an, sine onere. So, wenn die legati cedente schon der Wegfall des einen Collegatars entschieden ist; der andere kann dann, falls der Nießbrauch an einer Sache der Erbschaft vermacht ist, ohne weiters das dingliche Recht des Nießbrauchs an der ganzen Sache allein erwerben; falls der Nießbrauch an einer fremden Sache Gegenstand des Vermächtnisses ist, allein die persönliche Klage auf Bestellung des ganzen Nießbrauchs gegen den Vermächtnißträger erheben [40]. Wenn aber noch in Frage steht, ob der Collegatar wegfalle, so kann der andere nur einstweilen den ganzen Nießbrauch in Anspruch nehmen, mit der Möglichkeit, späterhin durch den Collegatar auf einen Theil eingeschränkt zu werden [41]. Wenn alsdann später der Wegfall des Collegatars sich entscheidet, so bleibt jenem der ganze Nießbrauch unverkürzt, und zwar wird man dann auch in dem Falle, wenn ihm mit dem wegfallenden coniunctim vermacht war, darin, daß er einstweilen den ganzen Nießbrauch angetreten, ausgesprochen finden können, daß er sich das Anwachsen cum onere gefallen lasse.

Uebrigens ist im Einzelnen noch Folgendes hervorzuheben:

40) So wurde schon im älteren Recht in dem Fall angenommen, wenn der Nießbrauch einer fremden Sache Mehreren in Form eines Vindicationslegates vermacht worden war und das Legat ex Scto Neroniano aufrecht erhalten wurde. Fragm. Vat. §. 85. Vgl. den Comment. Th. 46. S. 494.

41) Vgl. oben S. 82. fg.

1) Die wichtigste Eigenthümlichkeit des Anwachsungsrechts bei dem Vermächtniß des Nießbrauchs ist die, daß hier die Anwachsung noch eintreten kann, nachdem schon diejenigen, denen vereinigt der Nießbrauch vermacht worden ist, das Vermächtniß erworben und den Nießbrauch angetreten haben. War zwei Personen per vindicationem dieselbe Sache vermacht und beide erwarben das Vermächtniß, so war dadurch die Beschränkung einer jeden auf einen Theil für alle Zeit entschieden; jede erwarb das Eigenthum der Sache nur zur Hälfte, und hatte keine Aussicht mehr, kraft des Legates das Alleineigenthum zu erwerben. War dagegen der Nießbrauch derselben Sache dem A und dem B per vindicationem vermacht, so wurden zwar beide durch ihre Concurrenz ebenfalls nur Mitnutznießer, jeder zur Hälfte; aber nun konnte es sich ereignen, daß der Nießbrauch in der Person des B früher als in der Person des A endigte, namentlich durch den früheren Tod oder durch capitis deminutio (nach vorjustinianischem Recht auch minima capitis deminutio) des B; alsdann war A von der Concurrenz des B befreit und erstreckte sich nun sein Recht des Nießbrauchs auf die ganze Sache. Das wird in L. 1. §. 3. D. h. t. als allgemeine Meinung der classischen Juristen angeführt [42]).

42) „Omnes enim auctores apud Plautium de hoc consenserunt". Vgl. Glück a. a. O. S. 266. In den Vaticanischen Fragmenten kommt die L. 1. §. 3. cit. als §. 77. vor. Daraus geht aber hervor, daß diese Meinung doch nicht ohne Widerspruch die herrschende geworden ist. Nach den Worten: „sed in usufructu hoc plus est" finden wir hier als Parenthese: „contra quam Atilicinum respondisse Aufidius Chius refert." Atilicinus wird als iuris auctor vor Sabinus und Cassius citirt in L. 17. D. de duob. reis, (vgl. Th. 47. S. 229.), nach Sabinus in L. 6. §. 4. D. comm. div. X. 3., nach Nerva in L. 7. pr. D. de cond. c. d. XII. 4.,

Als zustimmend werden namentlich zwei berühmte Rechtsgelehrte, der Proculianer Celsus und der Sabinianer Julianus hervorgehoben, welche dieser Meinung in eigenthümlichem Ausdruck huldigten[43]: „Ususfructus quotidie constituitur et legatur, non ut proprietas, eo solo tempore, quo vindicatur"[44], und ganz treffend

und hat den Proculus consultirt, L. 17. D. de pact. dotal. XXIII. 4. Statt Aufidius schlägt Mommsen vor Fufidius, der in L. 5. D. de auro. XXXIV. 2. als Verfasser von Quaestionen genannt ist, woraus Africanus auch eine Meinung des Atilicinus referirt. — Uebrigens haben die fragm. Vat. besser: *quod* et constitutus nihilominus amissus ius adcrescendi admittit", statt des Digestentextes: „*quia* et constitutus et postea amissus nihilominus ius adcrescendi admittit". Huschke versetzt das Wort nihilominus auch in den fragm. Vat. hinter amissus; wie mir scheint mit Unrecht; das nihilominus bezieht sich nur auf constitutus, wobei nur als selbstverständliche Voraussetzung des ius adcrescendi hinzugefügt wird, daß der erworbene Ususfructus zu einem Theil wieder geendigt sei. Richtig löst Heimsoeth S. 12. die Construction der Vat. auf: „quod, etsi constitutus sit, nihilominus, si postea amittatur, i. a. admittit." Die Compilatoren mochten jene Construction, die Heimsoeth audacior et durior nennt, einer Verdeutlichung bedürftig halten, haben sie aber nicht eigentlich verbessert.

43) L. 1. §. 3. cit. fährt nach dem Satze in Anm. 28. fort: „et, ut Celsus et Julianus eleganter aiunt": In den Vaticanischen Fragmenten aber liest man „ut et" etc. Huschke in der iurisprud. anteiust. corrigirt dies nach dem Digestentext; Heimsoeth aber a. a. O. S. 20. Anm. 7. hält es für richtig; ich glaube, mit Recht, indem ich den ganzen folgenden Satz bis „in totum" als Aeußerung der genannten Juristen auffasse.

44) Dieser Ausdruck kann unmöglich auf die Anstellung der rei vindicatio gedeutet werden, sondern nur auf den vollendeten Erwerb des Rechts, wornach die Vindication, wenn

wird dann der fragliche Fall charakterisirt: „Cum primum itaque non inveniet alter eum [45]), qui sibi concurrat, solus utetur in totum [46]).“ Beider Vermächtnißrecht geht an sich auf den ganzen Nießbrauch; nur beschränkt es sich nothwendig auf die Hälfte für einen jeden, wenn beide das Recht wirklich erwerben (concursu partes fiunt). Aber der Nießbrauch ist seinem Wesen nach ein Recht von beschränkter Dauer; an die bestimmte Person geknüpft endigt er jedenfalls durch den Tod des Berechtigten und nach römischem Rechte, wie durch den Tod, auch durch dessen capitis deminutio. Wenn nun ein solcher Endigungsgrund des Nießbrauchs zunächst nur in der Person des einen der zum Nießbrauch Berechtigten eintritt, so bewirkt dieser auch nur das Ausscheiden dieser Person aus dem Rechtsverhältniß des Nießbrauchs, und wenn der andere nur durch das Zusammentreffen mit jener auf einen Theil beschränkt wurde, so fällt nun die Beschränkung weg, weil eben jene nicht mehr concurrirt. So wie, wenn in der Person des einen Collegatars das Recht des vermachten Nießbrauchs früher als in der des

nöthig, möglich ist. Vgl. den Comment. Th. 46. S. 484. fg. Anm. 92. Heimsoeth a. a. O. S. 13.

45) Die Vat. haben alterum; Buchholtz emendirt *alter* alterum, was mit Recht auch Huschke billigt.

46) In L. 1. §. 3. cit. schließt sich hieran der Zusatz: „nec refert, coniunctim an separatim relinquatur.“ In den Vat. lesen wir statt dessen: Vindius tamen, dum consulit Julianum, in ea opinione est, ut putet, non alias ius adcrescendi esse, quam in coniunctis; qui responso ait: nihil refert, coniunctim an separatim relinquatur. Vindius oder Vinidius Verus (vgl. Rudorff Rechtsgeschichte I. S. 177.) stimmte also mit Atilicinus (oben S. 107. Anm. 42.) — Das „nec“ oder „nihil refert“, ist übrigens nach L. un. §. 11. cit. nicht mehr ganz wahr.

anderen in Wirksamkeit tritt, einstweilen jener allein den ganzen Nießbrauch hat, weil der andere noch nicht mit ihm concurrirt [47]), so hat im obigen Falle der eine jetzt allein den ganzen Nießbrauch, weil der andere nicht mehr mit ihm concurrirt. Anders verhält es sich, wenn zwei oder mehreren Personen das Eigenthum derselben Sache vermacht ist. Wenn hier beide oder alle das Legat erwerben, so erwirbt jeder das Eigenthum nur zum Theil (pro parte indivisa), und diese Theilung ist definitiv für alle Zeit. Das Theileigenthum wird ein Bestandtheil des Vermögens jedes einzelnen Legatars, eben so, wie wenn es aus irgend welchem anderen Rechtsgrunde demselben erworben wäre; der Umstand, daß es durch Legat erworben ist, kommt weiter nicht mehr in Betracht und das Vermächtnißrecht der Collegatare hat keinen Einfluß mehr auf das rechtliche Schicksal dieses Theileigenthums. Doch kann nach Justinianischem Recht allerdings wohl beim Eigenthumsvermächtniß ähnliches vorkommen, wie bei dem des Nießbrauchs, wenn nehmlich zweien das Eigenthum derselben ganzen Sache vermacht ist, dem einen aber mit einer Beschränkung der Dauer (ad diem oder conditionem). Nach älterem Rechte war dies unwirksam; erst Justinian hat es für gültig erklärt, mit der Wirkung, daß die oder conditione existente das Vermachte dem Vermächtnißträger zurück zu erstatten sei [48]). Wäre dies schon zur Zeit der classischen Juristen Rechtens gewesen, so würden vermuthlich auch diese in dem genannten Fall dem nicht auf Zeit beschränkten Collegatar ein Anwachsungsrecht zuerkannt haben, wie es Vangerow a. a. O. S. 537. für das Justinianische Recht als unzweifelhaft behauptet.

47) Vgl. oben S. 106.

48) L. 26. Cod. de legat. VI. 37. vgl. L. 55. D. de legat. I.

Das Anwachsungsrecht des Nutznießers in dem fraglichen Falle ist also nicht als etwas absonderliches, als eine Ausnahme von der Regel aufzufassen; es erklärt sich einfach als Folgerung aus der Natur des Ususfructus in Verbindung mit dem Satze, daß, wenn Mehreren dasselbe vermacht ist, concursu partes fiunt, concursu d. i. wenn und so lange ein solcher stattfindet [49]). Man kann auch sagen, daß dies dem muthmaßlichen Willen des Erblassers ganz entsprechend sei. Wenn dieser dem A und dem B oder in collektiver Bezeichnung z. B. gewissen Verwandten oder den Mitgliedern einer bestimmten Gesellschaft zusammen den Nießbrauch einer Sache vermacht hat, so liegt nichts näher, als dies so auszulegen, daß den Erben die Proprietät vorbehalten, der Nießbrauch aber, so lange noch eine jener dazu berufenen Personen denselben behaupten könne, entzogen sein solle, nur die wirklich concurrirenden den Fruchtgenuß unter sich zu theilen haben, und mit Recht wird daher das Anwachsungsrecht in diesem Falle auch nach neuerer Gesetzgebung, wenn gleich diese eine ausdrückliche Bestimmung darüber nicht enthält, anerkannt [50]).

Indessen ist obige Erklärung von neueren Schriftstellern mehrfach als unbefriedigend angefochten und sind verschiedenartige Versuche gemacht worden, die Zulassung des Anwachsungsrechts in dem fraglichen Falle zu erklären. Diese Versuche knüpften sich zunächst wieder an den in L. 1. §. 3. cit. angeführten Ausspruch von Celsus und

49) Vgl. vorzüglich Maiansius disput. iur. Nro. XXXVIII. de iure accrescendi. §. 37. Glück a. a. O. S. 282., auch Leliévre l. c. pag. 35.

50) So Unger im österreich. Erbrecht §. 71. Anm. 5. gegen Stubenrauch Comment. II. S. 512. Note *. Dieselbe Ansicht vertheidigt für das französische Recht gegen Andersmeinende ausführlich Leliévre a. a. O. cap. IV. pag. 93—102.

Julianus an, auf den auch schon Cuiacius sich stützte, um seine Ansicht, daß das eigenthümliche Anwachsungsrecht beim Vermächtniß des Nießbrauchs aus der Natur dieses Rechtes sich erkläre, zu begründen [51]). Die Natur des Nießbrauches, sagt man, bestehe darin, daß der Nutznießer zu jeder Zeit, wie eben die Sache eine Frucht darbiete, diese für sich beziehen könne; zur Entstehung des Rechts werde daher die rechtliche und thatsächliche Möglichkeit einer Fruchtnutzung vorausgesetzt, es entstehe eben als wirksames Recht dann auch immer auf's Neue, sowie sich fort und fort jene Möglichkeit ergebe [52]). Diese Auffassung hat namentlich Heimsoeth a. a. O. S. 14. fg. wieder hervorgezogen, genauer zu entwickeln und gegen Einwendungen zu vertheidigen versucht, und diese Ausführung ist auch von Schneider a. a. O. S. 288. beifällig aufgenommen worden, indem er jedoch sie noch einer Ergänzung bedürftig hält.

Allein jene Ansicht, welche das Recht des Nießbrauchs gar nicht mehr als ein einheitliches dingliches Recht gelten läßt, dasselbe in die einzelnen Befugnisse, die seinen Inhalt bilden, als eine Reihe von einzelnen Rechten, die, je nachdem eine Nutzung sich ergibt, immer erst neu entstehen, zerblättert, ist durchaus unhaltbar, eine Verkünstelung, auf die gewiß Niemand verfallen wäre, wenn er nicht zur Erklärung eines sonst vermeintlich unerklärlichen Satzes

51) Cuiac. in paratitlis ad Dig. lib. VII. 2. (opp. I. col. 748.) u. ad Africanum tractat. V. ad L. 2. D. h. t. (opp. I. col. 1336. sq.); vgl. auch Donelli comment. X. 23. §. 9—11.

52) Man beruft sich dabei auf L. 1. pr. D. quando dies ususfr. VII. 3. „Quamquam ususfructus ex fruendo consistat, id est, facto aliquo eius, qui fruitur et utitur“, und §. 2. ibid. „tunc enim constituitur ususfructus, quum quis iam frui potest“.

ihrer zu bedürfen geglaubt hätte. Unter Lebenden wurde nach altem Recht der Usufructus durch in iure cessio bestellt. Sollte diese etwa nur das Recht geben, die zur Zeit fällige Fruchtnutzung zu beziehen? Wenn jene Auffassung durch die Natur des Nießbrauchs geboten wäre, so hätte man auch hier sagen müssen: quotidie ususfructus constituitur", und so hätte man, da nulla legis actio prodita est de futuro [53]), wohl gar verlangen können, daß die in iure cessio an jedem Tage wiederholt werde, oder nach der freieren Ansicht, die auch eine in iure cessio ex die zuließ, wenigstens verlangen müssen, daß bei der scheinbaren Vindicatio ausdrücklich das „quotidie" in der Formel ausgesprochen werde. Und wenn heute ernstlich vindicirt wurde: ius utendi fruendi Auli Agerii esse, so hätte an anderem Tage nach neuer Fruchterzeugung wiederum vindicirt werden können, ohne die exceptio rei iniudicium deductae fürchten zu müssen, da durch die Litiscontestatio der nachher neu constituirte Usufructus noch nicht in iudicium deducirt sein konnte. Die genannten Rechtsgelehrten fehlen auch darin, daß sie in ihrer Erörterung zu viel Gewicht legen auf die Allmäligkeit der Fruchterzeugung; sie übersehen, daß in dem Usufructus auch das ius utendi liegt. Dieses kann regelmäßig sofort ausgeübt werden, wie der Usufructus constituirt ist, wenn auch von Fruchtbezug noch keine Rede sein kann, weil keine Früchte da sind, und kraft seines Rechts kann der Nutznießer auch sofort die Detention der dienenden Sache erlangen, und übt sein Recht des Usufructus aus, indem er in dieser Willensmeinung die Sache detinirt, dem Sclaven befiehlt, ihm die Kleider zu putzen, das Fruchtfeld mit Saaten bestellt u. s. w., ja, auch nur die Ausübung seines Rechts einem Anderen z. B. kauf-

53) Vat. fragm. §. 49.

weise, für alle Zeit überläßt. So auch bei vermachtem Nießbrauch, sobald dies legati cessit et venit [54]), und so, wenn Mehreren der Nießbrauch vermacht ist, für jeden Collegatar, wenn für alle das Recht erworben ist. Von da an läuft ihm denn auch die Verjährung seines Rechts, wenn er dasselbe in keiner Weise ausübt. Durch die Vollendung dieser erlöschenden Verjährung aber wird dann das Recht des Nießbrauchs ganz vernichtet, der Berechtigte seines Rechts für alle Zeit verlustig [55]). Darin liegt das stärkste Argument gegen die Theorie, daß quotidie constituitur ususfructus; denn unzweifelhaft kann nur ein ususfructus iam constitutus non utendo verloren werden [56]); Heimsoeth erkennt dies als ein unüberwindliches Gegenargument gegen seine Auffassung an. Aber kaum minder bedenklich erscheinen auch ihm zwei andere Argumente, die er schwach abwehrt: daß nehmlich nur ein dies cedens für das Vermächtniß des Nießbrauchs angenommen wird [57]), und, daß auch durch capitis deminutio

54) L. un. pr. §. 2. D. quando dies ususfr. leg. cedat. VII. 3.

55) Arndts' Pand. §. 194. not. 1.

56) L. 19. quemadm. servit. amitt. VIII. 6.

57) Heimsoeth S. 18. glaubt dies nach Analogie des Vermächtnisses künftiger Früchte erklären zu können, wobei es stillschweigende Bedingung sei, daß Früchte entstehen, dennoch aber dies legati mortis tempore cedit. L. 25. §. 1. D. quando dies legat. XXXVI. 2., womit er dann L. 1. §. 2. D. quando dies ususfr. leg. VII. 2. in Verbindung bringt. Aber dieser Erklärung selbst nicht recht vertrauend und bemerkend, daß in Ansehung des Verlustes durch Nichtgebrauch die Regel nicht beachtet sei, sagt er S. 20.: Unde nec veto, ne quis et in capitis deminutione et in diei cedentis doctrina a vera ususfructus natura (nach seiner Auffassung nehmlich) Romanos recessisse dicat, et circa regulam illam inconsequenter,

post diem legati cedentem der Usufructus definitiv ganz und gar verloren wird.

Der dies cedens beim Eigenthumsvermächtniß hat wesentlich keine andere Bedeutung, als daß dadurch das Vermächtnißrecht, ungefährdet durch Verzögerung der Erbantretung oder andere Umstände, so sicher gestellt wird, daß es auch auf die Erben des Vermächtnißnehmers übergeht; der Erwerb des vermachten Rechts setzt aber die Erbantretung voraus und kann möglicher Weise noch weiter hinaus verschoben sein, z. B. bei dem Vermächtniß künftiger Sachen selbstverständlich bis zu deren Entstehung. Der vermachte Nießbrauch aber geht doch in keinem Fall auf die Erben des Vermächtnißnehmers über; daher ist es bei diesem von keiner Bedeutung, den Zeitpunkt, quo dies legati cedit und quo venit, zu unterscheiden; das vermachte dingliche Recht wird jedenfalls nicht vor der Erbantretung erworben, dann aber regelmäßig ohneweiters; daher dies legati usus fructus cedit adita hereditate; nur wenn eine Zeitbestimmung den Nießbrauch noch hinausschiebt, „dies eius nondum cedet, nisi quum dies venit.“ Auf beide Fälle paßt der Satz: „tunc enim constituitur ususfructus, quum quis iam frui potest“, d. h. nicht, wenn der Legatar thatsächlich schon Früchte ziehen kann, deren vielleicht noch keine (natürliche) vorhanden sind, sondern wann er schon das **ius utendi fruendi** hat, berechtigt ist, die Sache zu nutzen [58]). Es war

quod raro accidit, ius Romanum excultum esse confiteri debeo.

58) Das „frui“ schließt auch das uti ein, und man braucht nicht mit Haloander zu lesen: uti frui, wie fructuarius sehr oft gleichbedeutend mit usufructuarius vorkommt. Es kann aber auch der Legatar die legati cedente sofort frui im engeren Sinn, wenngleich es an natürlichen Früchten fehlt, vendendo oder locando usumfructum. L. 12,

aber nicht zu umgehen, für den gesammten Usus fructus nur einen dies cedens zu statuiren. In diesem Zeitpunkte müßte der Legatar Testamentifactio haben, und in diesem Zeitpuncte müßte sich fragen, ob der Legatar auch capax sei; und wenn auch die jetzt vorhandene Incapacität noch innerhalb einer gewissen Zeit beseitigt werden konnte, so war doch eben diese Zeitfrist nur von einem bestimmten Zeitpunkt an zu bemessen; nach den Verhältnissen in demselben Zeitpunkt richtete es sich, ob der einem Sclaven oder Filiusfamilias vermachte Nießbrauch dem Herrn (und welchem Herrn) oder dem Vater erworben wurde: welche Verwirrung mußte sich ergeben, wenn angenommen wurde, daß bezüglich jeder neuen Fruchtreife ein neuer Usus fructus mit eigenem dies cedens entstehe, zumal da neben dem Bezug von neuentstehenden Früchten immerhin ein fortgesetztes uti der Sache, bei Tag und bei Nacht, eine ununterbrochene Detention der Sache, auch eine Art der Ausübung des Nießbrauchsrechtes, statthaben kann! Wer alles dieses genau erwägt, sollte doch, so scheint uns, mehr geneigt sein, eine freiere Auslegung eines Ausspruchs zweier

§. 2. D. de usufr. VII. 1. — Uebrigens lernen wir aus den fragm. Vat. §. 60. durch einen in den Digesten gestrichenen Zusatz zu L. 1. §. 2. D. quando dies ususfr. VII. 3., daß Labeo in Betreff des dies cedens ususfructus legati anderer Meinung war: et Labeo quidem putabat, etiam a*b apertis tabulis cedere, sicut ceterorum* legatorum. Sed est verior Ju*liani diversa sententia*; *tunc enim constituitur* ususfructus, cum quis iam f*rui potest*. Das cursiv Gedruckte ist Restitution nach Huschke iurisprud. anteiust. Die apertae tabulae hat dieser hineingebracht mit Rücksicht auf das Recht der lex Papia Poppaea; bedenklich, ob mit Recht, da Labeo ohne Zweifel schon vor diesem Gesetze Werke über das Recht verfaßt hat.

Juristen, ob auch Ulpian denselben elegant nennt, zuzulassen, als der römischen Jurisprudenz eine Inconsequenz vorzuwerfen, weil sie etwas annimmt, was fast eine juristische Nothwendigkeit war [59]).

In anderer Weise construirt nun Schneider a. a. O. das Verhältniß, um den Schwierigkeiten, die Heimsoeth ungelöst übrig gelassen, zu entgehen. Durch den dies cedens, sagt er, werde zunächst für das ganze Rechtsverhältniß des Legatars nur festgestellt, daß seine Person als solche das zum uti frui berechtigte Subjekt sei, nicht aber werde dadurch auch schon das Objekt des Legates seinem ganzen Inhalt nach wirklich und gegenwärtig vergabt. Dies sei nicht früher denkbar, als bis der Legatar erhalten könne, was er erhalten soll, und das sei erst im Laufe der Zeit möglich; denn nicht die Substanz der Sache sei dem Legatar zugewiesen, sondern nur ein Recht, sie zu benutzen, also ein Recht auf ein Factum, das erst vorgenommen werden könne, wann und so oft es etwas an der Substanz zu nutzen gebe; jeder neue Gebrauch, jeder neue Fruchtgenuß geschehe durch das Legat; dieses vergabe den Nießbrauch dann und so oft, wann und als dieser sich constituirt, und dieser constituire sich dann und so oft wann und als die Bedingungen des uti frui vorhanden sind. Daraus folgert denn Schneider, daß der dies cedens, da er nur die Person im Allgemeinen zum Nießbrauch berechtige, nicht den Inhalt desselben fixire, auch dem Legat der Conjuncti nichts von seinem Gehalte, der Berufung zum Ganzen, entziehe; jede neue Nutzung geschehe immer

59) Vgl. Heimsoeth a. a. O. (oben S. 114 Anm. 57) gegen Majansius a. a. O. Ungenau bezeichnet jener den Ausspruch des Celsus und Julianus als eine regula; er ist nur ein eleganter dictum zur Erklärung einer von allen Auctores anerkannten klaren Rechtsregel.

wieder in Folge des Legats, und der Anspruch auf das Ganze müsse wirksam sein und bleiben, sobald bei den folgenden Nutzungen die Concurrenz aufhöre. Daß aber durch Nichtgebrauch und durch Capitisdeminutio der Nießbrauch ein für allemal für die Zukunft zerstört werde, findet der Verfasser mit dieser Auffassung leicht vereinbar.

Auch diese Construction leidet an dem Fehler, daß sie das einheitliche dingliche Recht des Nießbrauchs zersplittert in die einzelnen Befugnisse, welche kraft desselben dem Nutznießer zustehen. Nicht diese einzelnen Befugnisse, das heute mögliche Gebrauchen, das morgen mögliche Beziehen von Frucht, sind das Object des Legats, sondern das ius utendi fruendi im Ganzen, das einmal erworben sich fort und fort in einzelnen Nutzungen bethätigt, nicht bezüglich einer jeden erst neu entsteht, sondern als bestehendes nur ausgeübt wird, immer als das eine identische Recht. Jede einzelne Nutzung geschieht nicht, wie Schneider sagt, „durch das Legat", sondern kraft des durch das Legat ein für allemal erworbenen Rechts. Wenn Schneider ausdrücklich auch jeden neuen Gebrauch betont, so versteigt sich diese ganze Auffassung wahrhaft bis in's Lächerliche. Wenn Jemand den Nießbrauch an einem Ziergarten hat und heute darin zu Abend speist, constituirt sich das Recht auf's neue, wenn er nach nächtlicher Ruhe morgen dort das Frühstück einnimmt? oder der Nießbrauch an einem Sclaven, wenn der Herr auch ihm die Nachtruhe gönnt, aber anderen Tags wieder seiner Dienste gebraucht? Und wo ist der „neue Gebrauch" zu finden, wenn der Usufructuar gegen einen Kaufpreis einem Anderen die Ausübung seines Rechts überlassen hat? [60]).

Indessen verbirgt sich in Schneider's Ausführung doch ein Element von Wahrheit. Durch den dies cedens

60) L. 38. 39. D. de usufr. VII. 1.

legati wird zunächst nur das Recht des Vermächtnisses für den Legatar festgestellt. Das Vermächtniß des Nießbrauchs weicht nun zwar darin von dem Eigenthumsvermächtniß ab, daß durch jenes die legati cedente auch sofort das vermachte dingliche Recht erworben wird, und daraus ergibt sich dann, wenn Mehreren der ganze Nießbrauch vermacht ist und gleichzeitig erworben wird, nothwendig, daß concursu partes fiunt; aber das Vermächtnißrecht jedes einzelnen war an sich doch auf den ganzen Nießbrauch gerichtet, und so kann es sich jederzeit noch geltend machen, wenn die Concurrenz eines gleichberechtigten Collegatars nicht mehr im Wege steht, und das ist nach der Natur des Nießbrauchs immer möglich, weil die Dauer des Rechts in der Person des einen und des anderen Collegatars eine verschiedene sein kann. Schneider a. a. O. S. 286. gesteht, daß es an und für sich nicht schon überall ungedenkbar sei, daß der Conjunctus nach einmal geschehener Erwerbung noch in den frei werdenden Theil des Nießbrauchs eintreten könne; aber er sucht noch darnach, wie man sich das wirkliche Eintreten bestimmt juristisch vermittelt zu denken habe, und findet solche Vermittelung nicht in der reellen Conjunction, welche allerdings das Eintreten überhaupt bedinge; denn, so fragt er, warum endet gerade hier nicht ihre Kraft mit der einmaligen Erwerbung? Gerade hier? Er hätte eben so gut fragen können: warum endet sie bei dem Eigenthumsvermächtniß mit dem einmaligen Erwerb? und die Beantwortung dieser Frage würde darauf geführt haben, daß der Grund davon bei dem Vermächtniß des Nießbrauchs nicht statthabe. Aber die Frage ist auch ganz falsch gestellt. Nicht die re coniunctio ist es, welcher die Kraft inwohnt, daß der eine Collegatar durch Wegfall des anderen das Ganze erwerben kann; diese Kraft liegt in dem Vermächtniß, das jedem Legatar das Ganze vergabt. Die re coniunctio,

die eben darin besteht, daß Mehreren dasselbe Ganze vergabt ist, hat nur die Kraft, jeden auf einen Theil einzuschränken, wenn wirklich Mehrere concurriren, die Kraft des an sich auf das Ganze gerichteten Vermächtnisses durch den concursus plurium theilweise zu vernichten, aber eben auch nur concursu, wenn und soweit ein solcher wirklich stattfindet, und da steht nun nichts entgegen, daß die ganze Kraft des Vermächtnisses unverkümmert sich geltend mache, wenn auch erst, nachdem schon zwei Concurrenten das Recht, jeder zum Theil, erworben haben, die Concurrenz des einen wegfällt. Und das kann sich bei vermachtem Nießbrauch wohl, bei dem Eigenthumsvermächtniß (regelmäßig) nicht ergeben. Mit Recht sagen denn auch Andere, daß die Eigenthümlichkeit des Anwachsungsrechts beim Vermächtniß sich vollständig und einfach aus der beschränkten Dauer des Nießbrauchs erkläre [61]), und darin kann uns auch das eleganter dictum des Celsus und Julianus nicht irre machen, das buchstäblich strenge genommen zu einer innerlich unhaltbaren Auffassung führt, mit der auch das in handgreiflichem Widerspruche steht, daß nur dann, wenn der Ususfructus ausdrücklich in singulos dies vermacht ist, sei es auch für alle Tage, gegen die Regel, wornach semel dies cedit, täglich neue Entstehung des Rechts angenommen wird, also, damit davon die Rede sein

61) Elvers a. a. O. S. 730. fg. Vangerow a. a. O. unter Nr. II. a. E. Windscheid Pand. §. 645. Anm. 2. Dieser bemerkt treffend: Der angegebene Grund sei in den Quellen zu der Auffassung zugespitzt, „daß der Nießbrauch nicht, einmal erzeugt, durch sich selbst bestehe, sondern daß er fortwährend in jedem Momente neu erzeugt werde". Solcher Zuspitzung brauchen wir keine Herrschaft über uns einzuräumen, so wenig wie einer ungenauen Definition, und vollends verkehrt ist es, daraus eine Regel zu entnehmen. Vgl. oben S. 117. Anm. 59.

könne, wenigstens vorausgesetzt werden müßte, daß der Testator ausdrücklich gesagt habe: quotidie usumfructum do lego [62]).

Doch ist noch eine andere Erklärung des eigenthümlichen Accrescenzrechts bei dem Vermächtniß des Nießbrauchs zu erwähnen, welche von Baron a. a. O. als einzig befriedigende vertheidigt wird. Er behauptet, daß die Collegatare, so lange sie concurriren, den Nießbrauch zusammen als ein Gesammtrecht haben, ungetheilt jeder in solidum, und erst bezüglich der theilbaren Früchte von einer Theilung die Rede sein könne; aus dieser Gesammtberechtigung folge dann, daß der übrigbleibende das Recht des Wegfallenden gewinne und durch diesen nun nicht mehr im Bezug der Früchte beschränkt werde, während bei dem Eigenthumsvermächtniß sofort jedem ein Theileigenthum erworben werde, das als solches selbständig von dem Recht des anderen geschieden sei. Dieser Ansicht scheint Vangerow a. a. O. ein richtiges Prognosticon gestellt zu haben: daß sie schwerlich auf Anhänger rechnen dürfe. Unhaltbar ist die Ansicht, die ihr zum Grunde liegt, daß wohl das Eigenthum ein theilbares, der Nießbrauch aber ein un-

62) L. 1 pr. D. quando dies ususfr. VII. 2. Lelièvre a. a. O. S. 36. fg. hat mit Rücksicht darauf jenes Dictum zu erklären versucht, indem er das „constituitur" auslegt als „constitui potest", und annimmt, wenn Mehreren der Nießbrauch vermacht werde, so sei das quotidie stillschweigend hinzugedacht. Diese Erklärung hat mit Recht keinen Beifall gefunden. Eher möchte man doch sich beruhigen bei der Erklärung des Majansius: Der ganze Nießbrauch ist jedem Collegatar für alle Zeit vermacht, so lange nicht ein Erlöschungsgrund des Rechtes eintritt; dies aber kann jederzeit in der Person des einen oder anderen sich ereignen; dann wird es so gehalten, als wenn er nun dem noch berechtigt bleibenden neu auf's Ganze ohne Concurrenz des Wegfallenden vermacht wäre.

theilbares Recht sei. Die Römer sprechen in gleicher Weise wie bei getheiltem Eigenthum auch beim Nießbrauch von Getheiltheit, von divisus ususfructus, partis oder pro parte ususfructus im Gegensatze von totius rei ususfructus, oder von pars usus fructus im Gegensatz von totus usufructus [63]). Das Verhältniß mehrerer Nutznießer ist, abgesehen von der Beschränkung ihres Rechts auf die Fruchtnutzung, ganz analog oder nahe verwandt dem Verhältniß von Miteigenthümern; wie keiner von diesen allein über die Substanz der Sache zu verfügen, allein den Gebrauch der Sache oder den Bezug ihrer Früchte sich anzumaßen berechtigt ist, so auch kann keiner von jenen allein für sich das letzte in Anspruch nehmen, auch percipiendo nicht das Eigenthum der ganzen Frucht erwerben; wie das Eigenthum pro parte indivisa jeden körperlichen Theil der Sache ergreift, so auch haftet der partielle Ususfructus an der ganzen Sache in allen ihren Theilen, und ganz analog, wie bei gemeinschaftlichem Eigenthum, findet auch in Beziehung auf gemeinschaftlichen Nießbrauch das iudicium communi dividundo statt [64]). Man kann das

63) L. 5. D. de usufr. VII. 1. L. 1. §. 3. 4. L. 2. 3. pr. §. 1. L. 4. 7. 9. 10. 11. D. h. t. VII. 2. L. 3. §. 2. L. 14. 25. D. quib. mod. ususfr. amitt. VII. 4. L. 26. §. 1. L. 31. D. de usu et usufr. leg. XXXIII. 2. L. 1. §. 9. D. ad leg. Falcid. XXXV. 2. Vat. fr. §. 68. 75. 77—80. 82.

64) L. 13. §. 3. D. de usufr. VII. 1. L. 7. §. 7. 10. D. communi div. X. 3. L. 4. D. de aqua quotid. XLIII. 20. Verwunderlich ist es, daß Baron S. 171. fg. mit aller Bestimmtheit annimmt, erst Julian habe die Anwendung der communi dividundo actio zwischen Usufructuaren zugelassen, keiner der vor Julian lebenden Juristen daran gedacht, und darin ein Argument gegen die Theilbarkeit des Ususfructus findet. Celsus, dessen Digesten Ulpian in L. 13. §. 3. cit. als zustimmend anführt, war zwar Zeit-

Verhältniß des Miteigenthums mit gleichem Fug wie das Verhältniß gemeinschaftlichen Nießbrauchs als ein Gesammtrechtsverhältniß bezeichnen, muß aber zugeben, daß jeder einzelne hier nur vindiciren kann; pro parte sibi ius esse utendi fruendi ea re, wie dort: pro parte eius esse eam rem, wenn er sich nicht einer plus petitio schuldig machen will. Ist Mehreren der Nießbrauch einer Sache aus anderem Grunde als durch Vermächtniß erworben, so hat es keinen Sinn, diesen eine Gesammtberechtigung beizulegen, den Miteigenthümern nicht; nimmt man aber nur bei dem durch Vermächtniß (Vindicationslegat) begründeten Nießbrauch Mehrerer eine Gesammtberechtigung an, weil hier Accrescenz statt hat, so erklärt man diese nicht durch die Bemerkung (Baron S. 182.), dies folge aus der Gesammtberechtigung, sondern sagt in der That nicht mehr, als: weil hier der Uebrigbleibende das Recht des Wegfallenden gewinnt, so liegt hier vor, was ich Gesammtberechtigung nenne. Findet man aber die Gesammtberechtigung eben darin, daß die Kraft des für jeden Collegatar auf den ganzen Nießbrauch gerichteten Vindicationslegates auch nach dem Erwerb immer noch sich wirksam erweisen könne, sobald durch Wegfallen eines Collegatars der andere von der Beschränkung durch die Concurrenz eines gleichberechtigten befreit ist, so trifft diese Erklärung wesentlich mit der oben gegebenen zusammen.

genosse des Julian, aber schon zum zweiten Mal Consul 19 Jahre früher als Julian zu dieser Würde gelangte, und nicht der Mann, von diesem erst sich vorsagen zu lassen, was aequissimum sei. Nach L. 4. cit. aber schrieb Julian im 41. Buche seiner Digesten: „inter eos, ad quos usus fructus pertinet, utile communi dividundo iudicium reddi, plerisque placuit"; es ist kühn, dies so auszulegen, daß erst, seitdem er im 38. Buch es ausgesprochen, das aequissimum plerisque placuit.

2) Bisher ist nur der Fall berührt worden, wenn Mehreren durch das Legat unmittelbar das dingliche Recht des Nießbrauchs erworben ist: wie verhält es sich, wenn Mehreren zunächst nur eine Forderung auf Bestellung des Nießbrauchs erworben wurde? Diesen Fall berührt Glück a. a. O. nicht, weil ihm der Digestentitel keinen Anlaß dazu gab. Eine Forderung solchen Inhalts wurde nach altem Recht durch das Damnationslegat und Fideicommiß begründet; dabei aber gab es kein Anwachsungsrecht; daher waren darauf bezügliche Stellen der classischen Juristen nicht geeignet zur Aufnahme in den Digestentitel de usufructu accrescendo. Nun belehrt uns aber §. 85. der Vat. fragm., daß doch in einem Falle schon nach classischem Recht Anwachsungsrecht angenommen worden, obgleich das Legat zunächst nur eine Forderung erzeugte, in dem Falle nehmlich, wenn Mehreren in Form des Vindicationslegates der Nießbrauch an einer fremden Sache vermacht war[65]. Auch diesen §. haben die Compilatoren nicht aufgenommen, weil er wegen seiner Beziehung auf die alte Verschiedenheit der Legate und das Sc. Neronianum ohne starke Interpolation in das Justinianische Recht nicht hineinpaßte. Der Gedanke aber, der darin sich ausspricht, ist für das Justinianische Recht noch wohl verwendbar, sogar in weiterem Umfang, als es nach älterem Recht der Fall war. Nach L. un. §. 11. findet unzweifelhaft überall, wenn Mehreren der Nießbrauch an einer fremden oder des Erben Sache gültig vermacht ist[66]), Anwachsungsrecht statt. Hier wird nun die legati cedente den Legataren zunächst nur eine persönliche Klage auf Bestellung

65) Vgl. den Comment. Th. 46. S. 494. Anm. 6.

66) Gültig — daher an einer fremden Sache mit Kenntniß des fremden Eigenthums. Vgl. den Comment. Th. 46. S. 152. fg.

des Nießbrauchs erworben, aber nothwendig jedem nur auf Bestellung pro parte, wenn alle Conjuncti das Legat erwerben. Es kann aber das Anwachsungsrecht auch post diem legati cedentem bis zur wirklichen Bestellung des Nießbrauchs noch eintreten, wenn einer der Collegatare inzwischen stirbt oder auch nur eine Capitisdeminutio erleidet; denn dadurch wird nicht blos der schon erworbene Nießbrauch zerstört, sondern auch die persönliche Klage auf Bestellung desselben [67]). Kraft des Anwachsungsrechts hat nun der übrigbleibende die Forderung auf Bestellung des ganzen Nießbrauchs; „erit danda totius (usufructus) petitio", wie es in §. 85. cit. heißt, in Beziehung auf den Fall, wenn das Vindicationslegat ex Scto Neroniano als Damnationslegat aufrecht erhalten wurde. Falls aber erst, nachdem beiden Collegataren der Nießbrauch wirklich bestellt war, der eine dessen verlustig wird, dann, heißt es daselbst, sine dubio dicendum est, ius accrescendi cessare. Das war nach classischem Recht vollkommen richtig. Der Usufructus wurde durch in iure cessio bestellt; jedem Legatar aber nur pro parte; es konnte nicht beiden zusammen der ganze Usufructus bestellt werden; das Recht beider Legatare, als Usufructus pro parte dimidia, bestand gesondert für sich, und die Endigung des einen berührte nicht das Recht

67) L. 1. pr. D. quib. mod. ususfr. amitt. VII. 4. (Ulpian. lib. XVII. ad Sab.): Non solum usumfructum amitti capitis minutione constat, sed et actionem de usufructu. In den Vat. fragm. §. 61. wird nach wahrscheinlicher Restitution der unleserlichen Worte als Beispiel angefügt: *velut si is ex stipulatu debeatur* vel per fideicommissum leg*atumve per damnationem datus sit*. Vgl. auch L. 1 §. 1. D. l. c. mit fragm. Vat. §. 62. „si ante aditam hereditatem aut ante diem cedentem quis capite minutus est, constat non amitti".

des anderen[68]). Indessen wurde doch in jenem Falle, quoniam exemplum vindicationis sequimur, nach der Meinung des Neratius billig gefunden, daß, nachdem der eine den erworbenen Theilnießbrauch verloren, dem anderen eine utilis actio gegeben werde, um, dem Willen des Erblassers entsprechend, jetzt den ganzen Nießbrauch zu erlangen, sowie er diesen in Folge des Wegfallens seines Collegatars iure accrescendi haben würde, wenn das Vermächtniß ein wahres gültiges Vindicationslegat wäre[69]).

68) Vgl. Baron a. a. O. S. 192.

69) An tamen in Neroniano .... debeat dici utilem actionem amisso usufructu ab altero alteri dandam, quaeri potest; et puto secundum Neratium admittendum". Schneider a. a. O. beachtet diesen Satz des §. 85. cit. gar nicht, und versucht den vorhergehenden Satz: „ius accrescendi cessare, si modo post constitutum usum fructum fuerit amissus" auf gänzlich verfehlte Weise ohne Rücksicht auf das Folgende als „in dem innersten Wesen der Fiction begründet" zu erklären. Die sogenannte Fiction besteht in nichts anderem, als darin, daß das in Form des Vindicationslegats angeordnete, als solches aber ungültige Legat gültig sein soll, als wäre es optimo iure, d. i. per damnationem relictum; wenn dies wirklich der Fall wäre, so würde die legati cedente die Forderung auf Bestellung des Nießbrauchs (nur davon kann hier die Rede sein) definitiv unter die beiden getheilt sein; wenn gleichwohl bis zur wirklichen Bestellung des Nießbrauchs noch ein Anwachsungsrecht zugelassen wird, so ist dies nicht aus dem Wesen der Fiction zu erklären, der es vielmehr widerstreitet, sondern nur daraus, daß wegen des Gebrauchs der Vindicationsformel als Wille des Testators anzunehmen sei, es solle wie bei diesem, wenn einer wegfällt, der andere den ganzen Nießbrauch haben. Daß dennoch post constitutum usumfructum das Anwachsungsrecht nicht mehr stattfinden solle, ist nur daraus zu erklären, daß hier der Nießbrauch nicht, wie bei dem wahren Vindicationslegat, die legati cedente

Man hat diese utilis actio für eine utilis confessoria in rem actio gehalten [70]). Mir scheint das nicht richtig. Ich halte dafür, daß unter der utilis actio eine utilis in personam actio gegen den onerirten Erben zu denken sei, darauf gerichtet, daß derselbe dem Legatar nach dem Wegfall des Collegatars nun auch den Theil des Ususfructus, den er diesem in iure cedirt hatte, verschaffe, als welcher ihm, wenn das Legat ein wahres Vindicationslegat wäre, nun iure accrescendi von selbst zugefallen sein würde. Hatte der Erbe, nachdem er sich, um seiner Verbindlichkeit zu genügen, das Eigenthum verschafft, oder auch durch ihn veranlaßt der Eigenthümer der Sache jedem der Collegatare partis usumfructum in iure cedirt, so konnte unmöglich, wenn der eine von diesen starb oder Capitisdeminutio erlitt, jenes ius accrescendi zu Gunsten des anderen eintreten; es konnte diesem auch nicht einmal utilis confessoria actio ohneweiters eingeräumt werden, gegen den Proprietar, der ja ein Anderer sein konnte als der onerirte Erbe. An diesen mußte er sich halten, um den Vortheil des Anwachsungsrechts zu erlangen. Nach Analogie des Sc. Neronianum eine utilis in rem actio zu construiren, das läßt sich etwa denken, wenn der Nießbrauch per damnationem an einer Sache des Erblassers, die er nicht iure Quiritium im Eigenthum hatte, vermacht war, indem umgekehrt das per damnationem legatum

ipso iure, sondern erst durch in iure cessio constituirt wurde.

70) So Buchholtz zu §. 85. cit., so, wie es scheint, auch Baron S. 191. und wohl auch Heimsoeth S. 33., der aber die utilis actio eigenthümlicher Weise erklärt als „secundum analogiam Scti Neroniani formata actio". Mayer Recht der Anwachsung S. 140. fg. charakterisirt die utilis actio: „wie wenn per vindicationem wirksam legirt worden wäre".

behandelt wurde, als wäre es per vindicationem legirt; aber wie in dem Fall, wenn der Nießbrauch an einer fremden Sache vermacht war, dieselbe zu construiren, ist schwer zu erfinden. Nur auf dem Wege, scheint es, konnte man hier zu einer utilis confessoria gelangen, daß der Eigenthümer den beiden Legataren gemeinschaftlich per traditionem oder wie bei Provincialgrundstücken pactis et stipulationibus den Nießbrauch überließ, mit der Bestimmung, daß er so lange, als einer von ihnen übrig bleibe, ganz bestehen bleibe. Nach Justinianischem Rechte kann nun überall schon durch bloßen Vertrag (nach der strengeren Meinung wenigstens, wenn noch Quasitraditio hinzukommt) von Seiten des Eigenthümers das dingliche Recht des Nießbrauchs vollkommen bestellt werden, und dabei hat es gar kein Bedenken, das Anwachsungsrecht vorzubehalten; es kann auch jedem Collegatar vorerst für seinen Theil der Nießbrauch definitiv eingeräumt werden, für den Theil des andern Legatars in Voraus von der Zeit an, daß der andere wegfalle, da durch Vertrag die Bestellung des Nießbrauchs ex die unbedenklich zulässig ist, oder es kann auch dem Collegatar, der zuerst sich meldet, der Nießbrauch schlechthin eingeräumt werden, aber mit der Beschränkung, daß er sich die Concurrenz des anderen müsse gefallen lassen, wenn und so lange auch dieser kraft des Vermächtnisses zum Nießbrauch berechtigt sein werde [71]).

So ist die Behandlung dieses Falles im Justinianischen Rechte sehr erleichtert. Es kann aber der Fall sein, daß der Vermächtnißpflichtige das Eigenthum der Sache, um selbst den Nießbrauch zu bestellen, oder die Bestellung des Nießbrauches von Seiten des fremden Eigenthümers nicht oder nur gegen unverhältnißmäßig hohen Preis zu erkaufen im Stande ist [72]). Alsdann bleibt nichts anderes

71) Vgl. oben S. 83.

72) Vgl. den Comment. Th. 46. S. 159. fg.

übrig, als den Collegataren eine entsprechende Entschädigungssumme zu zahlen, nach Analogie des Falles, wenn der Erblasser wissentlich Jemanden das Eigenthum einer fremden Sache vermacht hat. Diese Entschädigungssumme kann für jeden der Collegatare besonders festgestellt werden, mit Rücksicht nicht nur auf seinen Theil des Nießbrauchs, sondern auch auf die wahrscheinliche Dauer desselben in seiner Person, und dann kann von einem Anwachsungsrechte weiter keine Rede sein. Man könnte aber etwa auch eine bestimmte Summe nach dem wirklichen Werthe der Sache, an welcher der Nießbrauch vermacht ist, festsetzen und an dieser nun den Collegataren den Quasiususfructus zuschreiben. Dies führt uns zu der Frage, wie denn auch bei einem Mehreren vermachten Quasiususfructus ein Anwachsungsrecht praktisch sich erweise?

Kein Zweifel, daß auch darauf L. un. §. 11. Cod. de cad. toll. anwendbar ist. Wenn dem A und dem B zusammen eine Summe Geldes zum Nießbrauch vermacht ist, so kann ohne Zweifel A gegen entsprechende Cautionsleistung die Auszahlung der ganzen Summe begehren, falls B schon ante diem legati cedentem oder auch erst später, aber vor Geltendmachung seines Rechts, gestorben ist oder das Vermächtniß ablehnt. Concurriren beide, so hat jeder nur auf den Nießbrauch der Hälfte jener Summe Anspruch. Wie nun, wenn, nachdem jedem zur Hälfte die Summe wirklich zum Nießbrauch ausgezahlt ist, B vor dem A mit Tod abgeht oder eine Capitisdeminutio erleidet? In Consequenz des oben Ausgeführten muß behauptet werden, daß nun A iure accrescendi auch den Nießbrauch der anderen Hälfte in Anspruch nehmen könne. Hat der mit dem Vermächtniß beschwerte Erbe vermöge der Caution des B dessen Hälfte bereits zurückempfangen, so kann nun A mit der Vermächtnißklage denselben zwingen, daß er ihm jetzt gegen verstärkte Caution die fragliche

Summe herausbezahle; sonst muß der Erbe dem A wenigstens die Klage aus der Caution gegen B oder dessen Erben abtreten, die aber, wenn sie rückzahlen, von ihrer Cautionsverbindlichkeit natürlich befreit werden müssen. Indessen kann wohl auch die Cautionsleistung von vornherein so eingerichtet werden, daß jeder Legatar sich verpflichtet, zunächst dem überlebenden Collegatar die Hälfte des Kapitals und dieser dann nach völliger Endigung des Nießbrauchs dem Erben das ganze Kapital zurückzuzahlen habe. Ist eine verzinsliche Kapitalforderung Gegenstand des dem A und B vermachten Nießbrauchs, so realisirt sich, so lange das Kapital nicht abgetragen wird, das Anwachsungsrecht des A nach dem Tode des B einfach dadurch, daß er nun den Zinsgenuß, den er bisher mit B theilen mußte, allein hat. Nachdem die Hauptschuld bezahlt worden, stellt sich die Sache so, als wie in dem Fall, wenn ursprünglich die Kapitalsumme zum Nießbrauch beiden vermacht war; es kann aber auch dieselbe auf's Neue verzinslich angelegt werden, etwa im Einverständniß mit dem Vermächtnißträger, dem jedenfalls der Rückfall des Kapitals nach Beendigung des ganzen Nießbrauchs gesichert werden muß [73]).

73) Ob derjenige, dem der Nießbrauch an einer Forderung vermacht ist, das Recht habe, die Forderung einzuklagen, ist bekanntlich streitig. Vgl. Glück im Comment. Th. 9 S. 404. fg. und die neuere Literatur bei Windscheid Pand. I. §. 209. Anm. 9. Wo es anzunehmen, wie bei unverzinslicher Forderung nicht zu bezweifeln ist, kann dann jedem Collegatar die Klage nur pro parte eingeräumt werden, und ist das von dem einen Empfangene nach Endigung des Nießbrauchs dem anderen zum Nießbrauch zuzuwenden. Jedenfalls kann aber der Schuldner freiwillig die Schuld abtragen, auch die unkündbare Rente durch Rückzahlung des Kapitals ablösen; dann ist es mit dem Nießbrauch zu halten, wie wenn an der Summe der Nießbrauch vermacht wäre. Falls aber den Legataren nicht die Befugniß zustand, das

3) Eine andere Eigenthümlichkeit des Anwachsungsrechts bei dem Vermächtniß des Nießbrauchs ist die, daß selbst dem Collegatar, der zu seinem Theil des Nießbrauches verlustig geworden ist, doch noch durch späteres Wegfallen des anderen Collegatars anwachsen kann. Auch dieses ist schon von Glück a. a. O. S. 286. fg. ausführlich besprochen und daselbst die betreffende Hauptstelle, L. 10. D. h. t., die mit dem Satze schließt: „ususfructus enim personae adcrescit, etsi fuerit amissus" [74]), in Uebereinstimmung mit H. v. Suerin [75]) erklärt worden, unter Berufung zugleich auf die Autorität der Basiliken [76]), die sie im Wesentlichen allerdings bestätigen. Und diese Er-

Kapital zu fordern, so wird man billig dem Proprietar einräumen, daß auf seinen Namen das Kapital anderweitig verzinslich sicher anzulegen und den Legataren nur die Klage auf die Zinsen abzutreten sei, so lange der Nießbrauch beider oder eines von ihnen besteht. Bei dem Vermächtniß des Nießbrauchs an einer verzinslichen Hypothekarforderung wird dies wohl meistens dem Willen des Vermächtnißgebers entsprechend gefunden werden. Und das Vermächtniß des Nießbrauchs an einem Ewiggeldkapital ist gewiß in der Regel nicht so auszulegen, daß dem Legatar freistehen solle, durch Verkauf der Ewiggeldbriefe sich die Hauptsumme zu verschaffen.

74) Vgl. L. 14. §. 1. D. de exc. rei iud. XLIV. 2. „ususfructus non portioni, sed homini adcrescit". L. 33. §. 1. D. de usufr. VII. 1.

75) Quaest. de usufructu accrescendo in Otto's thesaur. IV. col. 101—128., col. 116—120. Nach der Angabe von K. Witte in Weiske's Rechtslexikon I. S. 324. Anm. 256. soll dieselbe Erklärung außer den Basiliken auch schon in einer ungedruckten Glosse des Hugolinus enthalten sein.

76) Basil. XVI. 2. cap. 10. (ed. Heimb. vol. II. pag. 192. vgl. das supplementum von Zachariä S. 97. fg.).

klärung hat denn auch sonst Beifall gefunden [77]). In einem Punkte jedoch bedarf dieselbe einer Berichtigung. Suerin nehmlich, indem er, eben so wie die Basiliken, richtig annimmt, daß der erste Collegatar während des Rechtstreites mit demjenigen, qui liti se obtulit, non utendo sein Recht des Nießbrauches verloren habe, setzt zugleich voraus, daß in der Person des anderen Legatars der Nießbrauch nicht aus demselben Grunde, sondern durch den Tod oder durch Capitisdeminutio geendigt sei, behauptend, daß, wenn der eine Collegatar durch Nichtgebrauch sein Recht verloren habe, dessen Theil nicht dem anderen anwachse, sondern dem Proprietar zufalle, und auch darin stimmt Glück ihm bei. Diese Behauptung aber ist unhaltbar und hat Suerin mit allem Aufwand von Scharfsinn nicht sie zu begründen vermocht. Die L. 25. D. quib. mod. ususfr. amitt. VII. 4., die auch Glück a. a. O. S. 292. Anm. 58. dafür anführt, beweiset sie durchaus nicht. Sie sagt nichts anderes, als daß durch Nichtgebrauch der Nießbrauch wohl auch nur zum Theil verloren werden könne (vel certae partis vel pro indiviso usumfructum amitti posse), so daß also z. B., wem der Nießbrauch an einem ganzen Grundstück zusteht, durch Nichtausübung seines Rechts bezüglich eines locus certus oder Beschränkung seiner Ausübung auf eine pars pro indiviso zum Theil des Nießbrauchrechtes verlustig werde; sie gibt aber nicht im Mindesten das Recht, auch nur zu vermuthen, daß in solchem Fall, wenn ein Collegatar zu seinem Theil non utendo den Nießbrauch verliert, nicht Anwendung finde, was L. 1. §. 3. D. h. t. sagt: quum primum itaque non inve-

77) Lebhaft angefochten wurde dieselbe zwar von K. Witte, Abhandlungen aus dem Gebiete des R. R. Berlin 1817. Nr. I. Aber dieser hat im Rechtslexikon a. a. O. seine abweichende Erklärung selbst zurückgenommen.

niet alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum. Und eben so wenig beweist L. 14. D. eod., welche nur sagt: Excepta capitis minutione vel morte reliquae causae vel pro parte interitum ususfructus recipiunt: durch den Tod oder Capitisdeminutio des Usufruktuars, natürlich, wird der Nießbrauch ganz beendigt; auf andere Weise, vorzüglich gerade durch Verjährung, kann er wohl auch nur zum Theil endigen; was aber die Endigung des Nießbrauchs in der Person dessen, der nur zum Theil den Nießbrauch hat, für Folgen habe, darüber sagt die Stelle nichts. Vollends verwegen endlich ist es, wenn Suerin aus L. 34. pr. D. de legat. I. den Satz herbeizieht, daß coniuncti (dort nehmlich re et verbis coniuncti gegenüber anderen re coniuncti) als eine Person zu betrachten seien [78]), daher, wenn einer von ihnen non utendo den Nießbrauch verliere, dies eben so zum Vortheil des Proprietars gereichen müsse, als wenn der einzige Usufructuar pro parte non utendo des Nießbrauchs verlustig werde. Mit Recht haben daher die neueren Bearbeiter dieser Lehre jene Meinung des Suerin verworfen [79]). Die L. 10. cit. erklärt sich auch ohnedies vollkommen befriedigend, wie Keller zuerst angedeutet hat [80]), wenn man nur die Worte „a possessore" übersetzt: „von dem Beklagten", und nicht, wie Suerin von einem anderen Beklagten, als demjenigen, qui liti se obtulit, sondern eben von diesem selben versteht. Wenn ein Collegatar mit einem, qui liti se obtulit, litem contestirt, dann während des Rechtstreites non utendo sein

78) Vgl. den Commentar Th. 46. S. 508. fg.

79) Leliévre l. c. pag. 51. sq. Heimsoeth l. c. pag. 25. sq.

80) Ueber Litiscontestation und Urtheil nach classischem R. R. (1827) S. 177. fg.

Recht verliert, dann aber auch der andere Collegatar wegfällt, so ist die Verurtheilung jenes Beklagten nur mit Rücksicht auf die Aestimatio desjenigen Theils des Nießbrauches, den der Kläger post litem contestatam non utendo verloren hat, zu bestimmen; der Theil des nachher wegfallenden Collegatars kommt bei jener Verurtheilung nicht in Betracht, da dieser Theil dem Kläger iure accrescendi zufällt, ungeachtet er zu seinem ursprünglichen Theil sein Recht verloren hatte [81]). So ist der Fall der L. 10. cit. zu denken und dessen Entscheidung zu erklären, und damit stimmen auch die Basiliken überein.

Der Satz übrigens, daß homini, non portioni accrescit, daß also auch demjenigen, der zu seinem Theil den Nießbrauch verloren, doch noch der Theil des später wegfallenden Collegatars zuwachsen kann, erklärt sich aus demselben Gesichtspunkte, wie die oben unter Nr. 1 besprochene Eigenthümlichkeit [82]). Das Vermächtnißrecht jedes einzelnen Collegatars ist an sich auf den ganzen Nießbrauch gerichtet, und das macht sich immer noch geltend, wenn der eine durch Wegfall des anderen von dessen Concurrenz befreit ist; und dies wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß jener vorher zu seinem Theil den Nießbrauch verloren hat, da das Recht an seine Person geknüpft ist und ein nur auf seinen bisher durch die Concurrenz des anderen bestimmten Antheil bezüglicher Verlustgrund nicht die Kraft haben kann, ihm den ganzen Nießbrauch, auf den er kraft

81) So auch Heimsoeth l. c. pag. 25. Roßhirt I. S. 620. Schneider a. a. O. S. 295. Witte im Rechtslexikon a. a. O. Vangerow Pand. §. 554. Anm. 1. Nr. III.

82) Vgl. Vangerow a. a. O. — Baron S. 182. glaubt, auch dieses sei nicht anders, als aus der von ihm construirten Gesammtberechtigung zu erklären. Vgl. oben S. 121.

seines Vermächtnißrechtes nach Wegfall des Concurrenten Anspruch hat, definitiv zu entziehen, so wie er, wenn er als alleiniger Usufructuar z. B. non utendo pro parte den Nießbrauch verloren hat, nichtsdestoweniger noch zu dem übrigen Theil sein ursprünglich auf das Ganze gerichtetes Recht behauptet. So lange aber der Legatar durch die Concurrenz des Collegatars auf einen Theil eingeschränkt war, konnte er non utendo auch nur zu diesem Theil sein Recht auf den Nießbrauch verlieren; es kann ihm nicht als non uti zugerechnet werden, daß er nicht eine Fruchtnutzung ausübte, wozu er einstweilen nicht berechtigt war.

Damit aber der obige Satz Anwendung finde, muß vorausgesetzt werden, daß die Endigung des Usus fructus in der Person des ersten Collegatars nicht durch ein die Person betreffendes Ereigniß herbeigeführt worden sei, durch welches dessen Recht total zerstört würde, wenn er allein den ganzen Nießbrauch hätte, und darum auch sein Vermächtnißrecht, insofern es eventuell noch auf den ganzen Nießbrauch geht, total zerstört werden muß. Von selbst versteht es sich, daß von dem homini accrescere keine Rede sein kann, wenn der eine Collegatar durch den Tod weggefallen war und dann der andere aus irgend welchem Grunde ebenfalls den Nießbrauch verliert oder auch mit Tod abgeht; hier ist kein homo mehr vorhanden, dem accresciren könnte. Aber mit dem Tode muß in dieser Beziehung auch die Capitisdeminutio gleichgestellt werden. Der Collegatar, der durch diese den Nießbrauch verloren hat, kann nicht mehr iure accrescendi den Nießbrauchs-Antheil des Mitberechtigten erwerben, wenngleich er den Wegfall desselben erlebt. Das, oft übersehen oder wenigstens nicht genugsam betont, ist von Schneider a. a. O. S. 291. mit Recht hervorgehoben und damit stimmt auch Schlayer a. a. O. S. 346. fg. überein. Zwar scheint mir die L. 6. §. 2. D. h. t., die der letzte vor allem als beweisend anführt, nicht entscheidend

dafür zu sprechen. Wenn dem einen unbedingt, dem andern bedingt der Nießbrauch vermacht ist, so steht pendente conditione einstweilen dem ersten der ganze Nießbrauch zu, und wenn derselbe nun eine Capitisdeminutio erleidet, so verliert er auch den ganzen Nießbrauch, so daß dieser existente conditione dem anderen zukommt. Das sagt L. 6. §. 2. cit. [83]). Schlayer meint nun, das könne nicht gesagt werden, wenn der Verlust durch Capitisdeminutio noch ein eventuelles Anwachsungsrecht übrig lasse; denn dann müßte jener im Fall späterer Deficienz der Bedingung im Nießbrauch der einen Hälfte belassen werden. Dies aber scheint mir unrichtig. Deficiente conditione ist es so gut, als wäre dem zweiten der Nießbrauch nicht vermacht und nun entschieden, daß dem ersten allein der ganze Nießbrauch ohne Concurrenz mit einem Collegatar erworben war, den er nun unwiederbringlich verloren hat, eben so wohl, wenn er vor als wenn er nach der Deficienz der Bedingung Capitisdeminutio erlitten hat. Man könnte etwa sagen, wenn durch Erfüllung der Bedingung der zweite den Nießbrauch erworben habe, so könne er diesen verlieren und so dann für den ersten ungeachtet seiner Capitisdeminutio noch das Anwachsungsrecht sich eröffnen, und das hätte ihm vorbehalten werden müssen, wenn nicht durch den Verlust aus diesem Grunde überhaupt jedes eventuelle Anwachsungsrecht ausgeschlossen würde. Aber wenn dies auch nicht Rechtens wäre, so ist es doch begreiflich, daß man denjenigen, der zu einer Zeit, da er allein Nießbraucher war, den ganzen Nießbrauch verloren hat, nicht wieder iure accrescendi zu demselben zuließ, in Folge des Wegfallens des anderen, mit dem er zu keiner Zeit concurrirte.

83) „totius fundi usumfructum ad me pertinere interim et, si capite minutus fuero, totum amittere". Vgl. oben S. 82.

Auch L. 14. D. quib. mod. ususfr. amitt. VII. 4.[84]), die Schlayer S. 348. anführt, gibt nicht stringenten Beweis für dessen Ansicht; daraus, daß der capite minutus den Ususfructus, den er hat, nicht pro parte verlieren kann, folgt nicht nothwendig, daß derjenige, welcher nur pro parte den Ususfructus hat und diesen wegen Capitisdeminutio verliert, nicht mehr iure accrescendi einen Theil des Ususfructus, den er bisher noch nicht hatte, erlangen könne, wenn dieses sonst doch nach Verlust seines Theils für den Collegatar noch möglich ist. Allerdings aber entspricht es dem Wesen der Capitisdeminutio, daß nach Endigung des Nießbrauchs durch dieselbe, eben so wie nach Endigung durch den Tod des Usufructuars, jenes Anwachsungsrecht nicht mehr statt habe. Mit Recht bemerkt Schneider a. a. O.: da jene die Persönlichkeit in der Totalität ihrer vermögensrechtlichen Beziehungen zu Anderen ergreife, so erscheine der Deminuirte nicht mehr als diejenige Person, die durch die einmalige Wirksamkeit des Legates als die honorirte festgestellt worden war, und könne daher aus diesem Legate nimmermehr noch Rechte für sich ableiten. Die Capitisdeminutio wird ja überhaupt dem Tode verglichen[85]), und mit diesem oft, namentlich auch beim Ususfructus, zusammengestellt[86]). Sie war gleichsam ein Entfallen der Person, welcher der Nießbrauch vermacht war, und, wenngleich sie sich ereignete zu einer Zeit, da der Legatar nicht den ganzen ihm vermachten Nießbrauch thatsächlich schon erworben hatte, weil ein Collegatar ihn durch seine Concurrenz auf einen Theil einschränkte, so

84) Vgl. oben S. 133.

85) Gai. III. §. 153. „civili ratione capitis diminutio morti ..... fere dicitur“.

86) L. 14. D. cit. Gai. III. §. 101. I. §. 170. Ulpiani fragm. XI. §. 7.

mußte darum dieselbe doch das an sich auf den ganzen Nießbrauch gerichtete Vermächtnißrecht vollständig und somit auch die darin enthaltene rechtliche Aussicht auf die Accrescenz im Fall der Beseitigung des bisher ihn einschränkenden concursus zerstören, so wie schon die durch Damnationslegat begründete persönliche Forderung auf Bestellung des Nießbrauchs durch die Capitisdeminutio zerstört wurde [87]). Insofern könnte man etwa, L. 14. cit. herbeiziehend, sagen: durch capitis deminutio könne der Usufructus nicht pro parte verloren werden, daher auch der vermachte ganze Nießbrauch nur ganz, d. i. mit Einschluß derjenigen pars, die dem Legatar zur Zeit noch nur concursu collegatarii vorenthalten wird. Uebrigens ist diese Frage nach Justinianischem Rechte nur mehr von geringem Gewicht, weil darnach die minima capitis deminutio, die schon zur Zeit der classischen Juristen ein abgeschwächtes Wesen war, den Nießbrauch nicht mehr vernichtet, nach heutigem Recht ganz ohne Bedeutung, weil es darnach überall keine Capitisdeminutio mehr gibt [88]).

Das Anwachsungsrecht, das einem Collegatar auch nach dem Verlust seines Antheils am Nießbrauch noch beigelegt wird, soll jedoch nach der bis zur neuesten Zeit herrschenden Meinung einer wichtigen Beschränkung unterliegen: durch dasselbe soll der Legatar nie mehr den Theil, den er früher verloren hat, wieder gewinnen können [89]).

87) Vgl. oben S. 125 und überhaupt noch v. Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des R. R. I. S. 237. fg. 257. E. Kuntze, Institutionen und Geschichte des R. R. II. S. 367.

88) Arndts' Pandekten §. 28.

89) Vgl. Glück a. a. O. S. 294. fg. Leliévre l. c. pag. 53. Heimsoeth l. c. pag. 46. Schneider a. a. O. S. 295. fg. Baron a. a. O. S. 183 fg. Vangerow a. a. O. 7. Aufl. II. S. 538. fg.

Daher, z. B., wenn dem A und dem B der Nießbrauch vermacht ist, dann der erste durch Nichtausübung seines Rechts verlustig wird und somit der zweite den ganzen Nießbrauch erhält, darauf aber auch dieser wegfällt, soll der erste zwar kraft des ihm zukommenden Anwachsungsrechts den Nießbrauch zur Hälfte wiedererlangen, nicht aber den ganzen Nießbrauch und somit auch die vorher ihm verlorene Hälfte. Diese Regel ist aber neuestens von Schlayer a. a. O. unter Benutzung der Vaticanischen Fragmente scharf angefochten worden und damit hat auch Windscheid (Pand. §. 645. Anm. 3.) sich einverstanden erklärt. Es ist daher eine Erörterung dieser Streitfrage hier am Platze. Leliévre a. a. O. findet eine Anwendung der fraglichen Regel in der oben S. 131 fg. besprochenen L. 10. D. h. t. Er nimmt an, derjenige, qui liti se obtulit, werde absolvirt, nachdem der Kläger non utendo den Nießbrauch verloren (re, de qua litigatur, interempta absolvitur); dann aber könne dieser gegen den wahren Besitzer immerhin die Hälfte des inzwischen weggefallenen Collegatars vindiciren, nur diese Hälfte, weil er die früher ihm selbst verlorene Hälfte nicht iure accrescendi wieder gewinnen könne, obgleich diese dem jetzt weggefallenen Collegatar accrescirt war. Darin ist nun wohl das erste jedenfalls unrichtig: wenn das Recht des Klägers zur Zeit der Litiscontestatio bestand und erst in Folge dieser non utendo erloschen ist, so muß der Beklagte, qui liti se obtulit, jedenfalls dem Kläger das ganze Interesse zu prästiren verurtheilt werden[90]; sonst würde, wenn man unter dem possessor einen Dritten versteht, die Beschränkung der Klage gegen diesen allerdings wohl auf jene Weise sich erklären. Aber auch, wenn man mit Keller bei den Worten

90) L. 13. §. 13. L. 45. D. de hered. pet. V. 3.

„a possessore“ an denselben Beklagten denkt, qui liti se obtulit, kann man in dieser Stelle eine Anwendung jenes streitigen Satzes finden. Wenn nehmlich dieser Satz nicht im Wege stände, so würde ja der Kläger nach Wegfallen des Collegatars, dem inzwischen der jenem verlorene Theil des Nießbrauchs accrescirt war, von selbst den ganzen Nießbrauch bekommen, also auch den ihm früher non utendo verlorenen Theil desselben; dann aber wäre nicht einmal Anlaß, den Beklagten auch nur zum Ersatz der verlorenen Hälfte des Nießbrauchs zu verurtheilen. Dagegen möchte man zwar einwenden: derjenige, qui dolo malo liti si obtulit oder possidere desiit, werde betrachtet ac si possideret [91]), und könne demnach zum Ersatz verurtheilt werden, und dieser bleibe dem siegreichen Kläger, obgleich er die vindicirte Sache selbst anderweitig wieder erlangt [92]); wenn man nun dies auf den vorliegenden Fall analog anwende, so folge, daß es jenem Beklagten nicht zu Gute komme, wenn der Kläger auf anderem Wege den ihm während des Rechtstreites verlornen Theil des Nießbrauches wieder gewinnt. Aber in L. 10. cit. wird offenbar vorausgesetzt, daß der Collegatar, welcher nicht litem contestirt hatte, auch schon vor dem Urtheil gegen den Beklagten, welcher liti se obtulit, den Nießbrauch verloren hat, also das Anwachsungsrecht des Klägers schon eingetreten ist, und wenn nun dadurch derselbe mittelbar zugleich seinen früher verlorenen Nießbrauchtheil schon wiedererlangt hätte, so könnte der Beklagte gewiß nicht noch zum Werthersatz dafür verurtheilt werden [93]). Somit gibt L. 10. cit.

91) L. 131. 157. §. 1. D. de R. J. L. 17. L. 13. §. 13. D. de hered. pet. V. 3.

92) L. 7. D. de rei vind. VI. 1. L. 95. §. 9. D. de solut. XLVI. 3.

93) Vgl. Arndts' Pandekten §. 167. a. E.

allerdings ein nicht unbedeutendes Argument für den von der gemeinen Meinung bisher behaupteten Rechtsatz.

Die Hauptstelle aber, die man als Beleg für diese Regel anführt und auf die auch Leliévre a. a. O. sich beruft, ist L. 3. §. 2. D. quib. mod. ususfr. amitt. VII. 4. (Ulpian. lib. XVII. ad Sabinum), deren Schlußsatz also lautet:

> neque enim potest dici eo momento, quo quis amittit usumfructum et resumit, etiam ipsi quicquam ex usufructu adcrescere; placet enim nobis ei qui amittit usumfructum ex eo quod amittit nihil adcrescere.

Auf den ersten Blick scheint hierdurch die fragliche Regel unwidersprechlich bestätigt. Die ganze Stelle bezieht sich aber auf den Fall einer repetitio oder relegatio des Ususfructus, d. h. wenn der Testator demselben Legatar für den Fall, daß er durch Capitisdeminutio oder sonstwie des Ususfructus verlustig sein werde, denselben auf's Neue wiederum vermacht [94]). In L. 3. §. 1. cit. wird nun die Frage aufgeworfen, ob unter den Collegataren, von denen der eine kraft solcher Repetitio den verlorenen Nießbrauch fortsetze oder wiedererhalte, auch das Anwachsungsrecht fortbestehe (an inter eos ius adcrescendi salvum esset)? und diese Frage wird unter Berufung auf Papinian bejaht, indem der Fall eben so zu beurtheilen sei, als wenn jenem Collegatar ein Anderer substituirt sei; diese seien, wenn auch nicht verbis, doch jedenfalls re coniuncti, und das war bei dem Vindicationslegate für das ius adcrescendi allein entscheidend. In L. 3. §. 2. cit. wird sodann ebenfalls nach Papinian der Fall besprochen,

94) „ut adiiciatur ‚quotiensque capite minutus erit, ei lego‘, vel sic ‚quotiens amissus erit‘; et tunc, si capitis minutione amittatur, videbitur repetitus“.

wenn dem Titius und Maevius der Usus fructus vermacht, in der Repetitio zu Gunsten des Titius aber diesem nicht der ganze Usus fructus, sondern nur ein Theil wieder vermacht war, und gefragt: an viderentur coniuncti? und Papinian's Entscheidung lautet: „si quidem Titius amiserit, totum socio adcrescere; quodsi Maevius amisisset, non totum adcrescere, sed partem ad eum, partem ad proprietatem redire". Diese Entscheidung nun ist es, die Ulpian billigt und durch den oben angeführten Schluß des §. 2. rechtfertigt. Nun aber besteht eine große Meinungsverschiedenheit darüber, wie eigentlich der von Papinian gesetzte Fall zu denken und dessen Entscheidung zu erklären sei, und davon hängt es ab, ob in dem obigen Schlußsatz Ulpian's wirklich eine Bestätigung der fraglichen Regel zu finden ist.

Keine Schwierigkeit macht es, daß, wenn Titius definitiv wegfällt, dem überlebenden Maevius durch Anwachsungsrecht der ganze Nießbrauch zukommen soll, da ihm ursprünglich dieser ganz vermacht war und er nunmehr darin durch keine Concurrenz beschränkt ist; schwierig aber ist die Erklärung des anderen Falles „quodsi Maevius amisisset". Vangerow a. a. O. stellt folgende Erklärung auf: War dem Titius z. B. die Hälfte des Usus fructus relegirt, so concurrirt er im Falle des Relegats mit Maevius zu $1/3$, so wie wenn von Anfang an diesem der ganze Nießbrauch, jenem $1/2$ vermacht wäre, dem Maevius zu $2/3$, dem Titius zu $1/3$ der Nießbrauch zukommen würde. Titius hat also kraft des Relegats um $1/6$ weniger als er ursprünglich hatte, bevor er die Capitisdeminutio erlitten, nehmlich $1/3 = 2/6$ statt $1/2 = 3/6$. Wenn nun nachher Maevius wegfällt, so erlangt Titius zwar kraft seines ursprünglichen auf den ganzen Nießbrauch gerichteten Legats durch Anwachsung die Hälfte des Nießbrauchs, die ihm durch die Concurrenz des Maevius entzogen war, hat also jetzt $1/3 + 1/2 = 5/6$; das

$^1/_6$ aber, das er in Folge seiner Capitisdeminutio ungeachtet der Relegation von $^1/_2$ verloren hatte, kann er nicht durch Anwachsung wiedergewinnen, und fällt daher dieses $^1/_6$ an den Eigenthümer zurück. Dieser Auslegung treten aber zwei entscheidende Einwendungen entgegen: vorerst die, daß sie das ursprüngliche Legat des Titius rücksichtlich des Anwachsungsrechts noch fortwirken läßt, ungeachtet dieser durch Capitisdeminutio des erstvermachten Nießbrauchs verlustig geworden war [95]); sodann, daß sie den Titius das $^1/_6$, das ihm von der relegirten Hälfte des Nießbrauchs durch die Concurrenz des Maevius entzogen worden, nicht beim Wegfallen des letzten durch Anwachsung wieder erlangen läßt; dafür fehlt es an jedem Grunde, wenn man's auch als ausgemachte Regel voraussetzt, daß der Collegatar, der zu seinem Theil den Nießbrauch verloren hat, kraft des ihm noch bleibenden Anwachsungsrechts nicht auch den früher verlorenen Theil wiedergewinnen könne; denn in obigem Fall ist es ja nicht das ursprüngliche Legat, worauf Titius das Anwachsungsrecht gründet, sondern das Relegat als ganz neues Vermächtniß des Nießbrauchs zu $^1/_2$, das nur durch die Concurrenz des Maevius auf $^1/_3$ herabgedrückt wird, durch Wegfallen dieser Concurrenz dann von selbst wieder auf das wirklich vermachte $^1/_2$ sich steigert. Dem Resultat nach erscheint daher richtiger die von Vangerow verworfene Erklärung von Chesius und Heimsoeth; aber dabei ist freilich schwer begreiflich, wie Ulpian's Rechtfertigung der Entscheidung Papinian's darauf paßt [96]).

95) Vgl. oben S. 135 fg.

96) Chesius (interpr. iur. II. cap. 14. in Heineccii Jurispr. rom. et att. II. p. 420 sq.) nimmt an, daß Titius und Maevius in Ansehung der relegirten Hälfte zu gleichen Theilen concurriren, also M. im Ganzen $^3/_4$, T. $^1/_4$ erhalte, diesem aber durch Wegfall des ersten $^1/_4$ accrescire. Heimsoeth dagegen behandelt den

Auf andere Weise hat dann Baron a. a. O. die Schwierigkeit zu lösen versucht. Er nimmt an, daß Papinian nicht erörtre, welche Folgen der Wegfall des Titius und Maevius nach eingetretenem Relegatsfall äußere, sondern vielmehr die Rechtsverhältnisse bei Eintritt des Relegatsfalles behandle. Wenn nehmlich zuerst Maevius wegfalle, so accrescire dessen Hälfte dem Titius; wenn alsdann Titius die Capitisdeminutio erleide, so erwerbe dieser nur die ihm relegirte Hälfte des Nießbrauchs, nicht aber auch die ihm früher durch Anwachsung zugekommene Hälfte des Maevius, die vielmehr an den Eigenthümer zurückfalle. Um aber dies in der Stelle zu finden, sieht er sich zu einer Correctur derselben genöthigt, nehmlich anstatt „si quidem Titius amiserit .... quodsi Maevius amisisset" zu lesen „si quidem Maevius amiserit.... quodsi Titius amisisset" etc. Diese Umstellung der beiden Eigennamen scheint ihm sogar geboten durch den folgenden Satz „sed partem ad eum .... redire", weil das *eum* sprachlich auf Maevius zu beziehen wäre, während doch sachlich hier nur an Titius gedacht werden könne. Aber diesem Mangel wäre durch eine leichtere Emendation abzuhelfen; man brauchte nur statt *eum* zu lesen *Titium*, oder vorher, wie auch Vulgatausgaben haben, „non totum *Titio* adcrescere", wo dann das folgende „ad *eum*" von selbst auf Titius deuten würde. Jene Baron'sche Correktur erscheint dagegen sehr gewagt. Zudem aber entspricht sie durchaus nicht dem Zusammenhang

Fall so, als wenn von Anfang an dem Maevius der ganze Nießbrauch, dem Titius die Hälfte vermacht wäre, wo dann beide im Verhältniß von $^2/_2$ zu $^1/_2$ concurriren würden, also dem M. $^2/_3$, dem T. $^1/_3$ zukäme, dem letzten von der ihm vermachten Hälfte nur $^1/_6$ entzogen und durch dessen Wegfall accresciren würde. Vgl. Vangerow a. a. O. S. 540.

der Stelle. Papinian fragt, nachdem er den Fall bezeichnet hat, ob Titius und Maevius coniuncti seien? Er antwortet darauf nicht buchstäblich, sondern indirect, indem er sofort die Folge der (re) coniunctio bestimmt. Jene Frage kann aber gar nicht auf das ursprüngliche dem Titius und Maevius gemeinschaftliche Legat bezogen werden, bei welchem nicht der mindeste Anlaß zu solcher quaestio geboten war, sondern nur auf den Fall, wenn Titius kraft der Relegatio wiederum zu einem Theil neben Maevius zum Nießbrauch berufen war. In §. 1. a. E. ist gesagt, daß Titius und Maevius re coniuncti seien, wenn dem ersten der ganze Ususfructus relegirt ist; daran schließt sich unmittelbar die Frage in §. 2., ob sie auch coniuncti seien, wenn dem Titius nur ein Theil relegirt worden ist, und diese Frage setzt offenbar wie die in §. 1. voraus, daß der Fall des Relegats eingetreten sei.

Einen neuen Erklärungsversuch hat nun wiederum Schlayer a. a. O. ausgeführt. Er zieht zu diesem Zweck die §§. 75. 76. der Vaticanischen Fragmente herbei, in welchen uns eine Stelle aus Ulpian's lib. XVII. ad Sabin., die in den Digesten als L. 1. §. 1. 2. D. h. t. excerpirt ist, vollständiger und genauer, als sie hier vorliegt, überliefert ist. Sie betreffen den Fall, wenn einem Sclaven, der zwei Herren gehörte, der Nießbrauch vermacht war, der dann diesen Herren nach Verhältniß ihrer Eigenthumsantheile an dem Sclaven zufiel. Julian war der Meinung, die beiden Herren seien hier zu behandeln gleichwie collegatarii re et verbis coniuncti; er sprach, wenn einer von ihnen das Legat ablehnte oder den Nießbrauch verlor, dessen Antheil dem anderen zu, mit Ausschließung des Eigenthümers, wenn dem Sclaven allein, mit Vorzug vor dem Collegatar, welchem neben dem Sclaven (separatim) derselbe Nießbrauch vermacht war. Damit war auch Ulpian einverstanden, von dem Gesichtspunkt aus, daß

der dem Sclaven, also mit Rücksicht auf dessen Person, vermachte Nießbrauch noch in suo statu bestehe, so lange auch nur ein Herr des Sclaven ihn behaupte, und in diesem Sinn ist denn auch der Auszug aus Ulpian in L. 1. §. 1. D. h. t. von den Compilatoren zugerichtet [97]). In §. 75. der Vat. fragm. aber finden wir, daß Ulpian nach Anführung der Meinung Julian's zuerst einige Juristen, darunter Papinian, namhaft macht, welche jene Meinung verwerfen, und dagegen dann seine Billigung derselben rechtfertigt [98]). Sodann führt Ulpian noch den Pomponius als Zeugen an, daß manche anderer Meinung seien als Julian, und zwar mit dem Bemerken: dem Mitherren des Sclaven könne in dem fraglichen Falle so wenig accresciren, wie dem Usufructuar, welcher pro

97) L. 1. §. 1. cit. Denique apud Julianum libro trigesimo quinto Digestorum quaeritur, si communi servo usus fructus sit relictus et utrique domino adquisitus, an altero repudiante vel amittente usumfructum alter totum habeat: et putat ad alterum pertinere, et licet dominis usufructus non aequis partibus, sed pro dominicis adquiratur, tamen persona ipsius, non dominorum inspecta, ad alterum ex dominis pertinere, non proprietati accedere. §. 2. Idem ait, et si communi servo et separatim Titio usus fructum legatus sit, amissum ab altero ex sociis usumfructum non ad Titium, sed ad solum socium pertinere debere, quasi solum coniunctum: quae sententia vera est; nam quamdiu vel unus utitur, potest dici, usumfructum in suo statu esse.

98) Die Worte „quae sententia vera est" in L. 1. §. 2. cit. sind interpolirt; in §. 75. cit. lesen wir dafür: „quam sententiam neque Marcellus neque Mauricianus probant; Papinianus quoque lib. XVII. Quaestionum ab ea recedit; quae sententia Neratii fuit (*ut*) est libro I. Responsorum relatum"; und dann folgt: „Sed puto esse veram Juliani sententiam; nam quamdiu vel unus utitur, potest dici, usumfructum in suo esse statu".

parte den Usussfructus dem Proprietar in iure cedire oder non utendo verliere [99]). Doch aber hält Ulpian die Entscheidung des Julianus aufrecht, nicht als begründet nach den Regeln vom Anwachsungsrecht, also nicht, wie Julian sich ausgedrückt hatte, weil der Mitherr solus coniunctus des wegfallenden anderen Herren des Sclaven sei, sondern aus dem Grunde, weil, so lange der Sclave existirt, dessen Person als Subject des Legats erscheint, nicht ein Theil desselben zu Grund gehen könne [100]). Indessen gibt Ulpian doch zu, daß des Pomponius Argument gegen Julian's Meinung sehr gewichtig sei: „Urgetur tamen Juliani sententia argumentis Pomponii"; mit Recht; denn, wenn die Person des Sclaven als des unmittelbaren Subjects des Legats in's Auge gefaßt wird, an dessen Statt nur die Herren das Recht des Nießbrauchs erwerben, und wenn nun der von dem einen der beiden Herren verlorene Theil des Nießbrauchs nicht dem anderen Herren als coniunctus des wegfallenden accresciren, sondern nur in Rücksicht auf die Person des Sclaven fortdauern und so nur mittelbar dem andern Herren zu Gute kommen soll, so ist dieser Fall allerdings ganz vergleichbar dem Falle, wenn der einzige Usufructuar den Usussfructus zu einem Theil aufgibt oder verliert. Der dem Sclaven vermachte Nießbrauch ist in Rücksicht auf die Person als ein Usussfructus aufzufassen, der durch den

99) Pomponius ait libro VII. ex Plautio, relata Juliani sententia, quosdam esse in diversam opinionem; nec enim magis socio debere adcrescere, quam debere ei, qui fundi habens usumfructum partem ususfructus proprietario cessit vel non utendo amisit.

100) Ego autem Juliani sententiam non ratione adcrescendi probandam puto, sed eo, quod, quamdiu servus est, cuius persona in legato spectatur, non debet perire portio. — Huschke's Ergänzung „servus *eius* est" scheint mir unberechtigt.

Verlust des einen Herren pro parte aufgehoben wird, wie der einem Freien vermachte Nießbrauch pro parte durch in iure cessio an den dominus proprietatis oder non utendo aufgehoben werden kann; und wie nun in diesem Fall der verlorene Theil nicht wieder dem verlierenden Usufructuar anwächst, so kann man auch in jenem Fall nicht sagen, daß der verlorene Theil doch noch in der Person des Sclaven (persona eius inspecta) fortbestehe oder aufrecht erhalten werde. In einem Nachsatz aber erwähnt Ulpian dann noch ein Responsum des Sabinus, wornach der Usufructuar, welcher einen Theil des Ususfructus in iure cedirte, diesen Theil zwar verlieren, aber sofort wiedergewinnen sollte, wodurch denn freilich das Argumentum des Pomponius beseitigt würde; aber diese Meinung, die Celsus, vielleicht selbst Julianus, als stolida verworfen hat, scheint doch auch Ulpian, der diesen Tadel ohne Gegenbemerkung referirt, nicht gebilligt zu haben [1]), und in den Digesten ist sie entschieden verworfen [2]).

1) ... „quamquam Sabinus responderit, ut et Celsus lib. XVIII. (*et* Julianus *lib. XXXV.*) Dig. refert, eum, qui partem ususfructus in iure cessit, et amittere partem et ipso momento recipere: quam sententiam ipse ut stolidam reprehendit; etenim esse incogitabile, eandem esse causam cuique et amittendi et recipiendi". — In der Vaticanischen Handschrift liest man: „ut et celsus iulianus lib. XVIIII. dig. refert". Huschke aber vermuthet, daß der Abschreiber hier einmal das Citat aus den Digesten ausgelassen habe und ergänzt daher den Text, wie oben in Parenthese angedeutet wird. Ist dies, wie wahrscheinlich, richtig, so würde das nachfolgende ipse auf Julian zu beziehen sein. Daß „Celsus lib. XVIII"., nicht XVIIII., zu lesen ist, ergibt die Vergleichung mit §. 77.

2) L. 14. D. quib. mod. ususfr. amitt. VII. 4. Vgl. oben S. 133.

In §. 76. der Vat. fragm. wird dann noch Julian's Entscheidung angeführt betreffend den Fall, wenn dem Sclaven zweier Herren und einem Dritten als re et verbis coniunctis der Nießbrauch vermacht ist; wenn hier einer der Herren den Nießbrauch verliert, soll dessen Theil allein dem anderen Herren accresciren, so als wenn den beiden Herren coniunctim und dem Dritten separatim derselbe Nießbrauch vermacht wäre [3]). Nach §. 75. wird Ulpian auch dieser Entscheidung Julian's im Resultat beigestimmt haben, obwohl nicht ratione adcrescendi; er spricht sich aber nicht ausdrücklich zustimmend darüber aus, sondern fragt nur, wie diejenigen, welche überhaupt nicht der Meinung Julian's beistimmten, über diesen Fall urtheilten? Sed qui diversam sententiam probant, quid dicerent? utrum extraneo soli an etiam socio adcrescere? Und darauf bemerkt er: Et qui Julianum consuluit, ita consuluit, an ad utrum pertineat, quasi possit et ipsi socio adcrescere. Atquin quod quis amittit, secundum Pomponii sententiam ipsi non accedit. Pomponius betrachtete den Verlust des einen Herrn als theilweise dem Sclaven selbst widerfahrenen Verlust des Nießbrauchs, welchem daher dieser durch

3) Julianus scribit, si servo communi et Titio ususfructus legetur, et unus ex dominis amiserit usumfructum, non adcrescere Titio, sed soli socio: quemodmodum fieret, si duobus coniunctim et alteri separatim esset relictus. Der Unterschied dieses Falles von dem schon in §. 75. (L. 1. §. 2. D. h. t.) besprochenen besteht darin, daß dort ein Legat desselben Nießbrauchs für den Sclaven und für Titius in getrennten Sätzen, in §. 76. aber in einem Satze vorausgesetzt wird, z. B.: Sticho servo et Titio usumfructum fundi do lego.

jenen Herrn ihm verlorene Theil des Nießbrauchs nicht accresciren könne; er mußte daher entscheiden, daß dieser Theil nur allein dem collegatarius coniunctus des Sclaven accrescire [4]).

Diese Ansicht des Pomponius nun und im Gegensatz davon die obenerwähnte Ansicht des Sabinus ist es, welche von Schlayer a. a. O. benutzt wird zur Erklärung der oben S. 141 angeführten L. 3. §. 2. D. quib. mod. ususfr. amitt. VII. 4. Er findet in §. 75. der Vat. fr. „als wirkliche Ansicht des Sabinus aufgeführt, daß der seine Quote des Nießbrauchs durch in iure cessio aufgebende usufructuarius coniunctus im gleichen Augenblick einen Theil der von ihm aufgegebenen Quote verliere und einen anderen Theil zurücknehme, d. i. zur entsprechenden Rate an dem durch sein eigenes Wegfallen begründeten Anwachsungsrechte Theil nehme!" Diese Ansicht, meint er, möge Sabinus „mit nicht abzuleugnendem Scharfsinn" aus dem Satz: „ususfructus non portioni, sed personae accrescit" abgeleitet haben, da ungeachtet des durch seine eigene Handlung oder Unterlassung herbeigeführten theilweisen Verlustes das persönliche Legatrecht des verlierenden collegatarius coniunctus fortdauere und da überdieß der Nießbrauch in jedem Augenblick in Bezug auf seinen Gegenstand neu bestellt werde. Diese Ansicht sei jedoch („wie es scheint") von der überwiegenden Mehrzahl Römischer Juristen „mit gesundem praktischen Sinn" zurückgewiesen. Es erhalte aber dadurch die L. 3. §. 2. D. cit. ihre nähere Beleuchtung. Es sei hier nehmlich nur ein Fall vorauszusetzen, wo schon vor der Capitisdeminutio des Relegatars der Mitvermächtnißnehmer seinen Nieß-

4) Huschke in der iurisprud. anteiust. ad h. l. nota 4.: „Ergo Pomponius dicere debebat, soli extraneo accrescere".

brauch verloren hatte, worauf auch das „quodsi Maevius amisisset“ deute. Dann habe Titius durch den Wegfall des Maevius iure accrescendi der Regel gemäß den ganzen Usus fructus erworben. Nun erleide er die Capitis deminutio; da frage sich denn, ob er nun nur den relegirten Theil wieder erwerbe, nicht auch kraft Anwachsungsrechts, „und zwar kraft Anwachsungsrechts von sich selbst“, die schon früher durch Wegfallen des Maevius frei gewordene weitere Quote? Diese Frage, meint Schlayer, nur diese beantworte Ulpian in Uebereinstimmung mit Papinian verneinend: „non totum accrescere“, d. h. Titius erhalte nicht (wieder) das Ganze kraft Anwachsungsrechts, „sed partem (d. i. der relegirte Theil) ad eum, partem ad proprietatem redire“; nur das Verlieren und, gleichsam in einem Athem (eodem momento), Wiedergewinnen kraft Anwachsung verwerfe Ulpian, nicht aber behaupte er, daß überall nie ein einmal verlorener Theil des Nießbrauchs durch Anwachsung wieder erlangt werden könne.

Diese Erklärung unterliegt aber wohl noch einigen Einwendungen.

Vorerst scheint es mir unberechtigt, dem Sabinus den Satz „quotidie constitui usumfructum“, und zwar in strengstem Sinne, beizulegen, ja, die in Vat. fr. §. 75. beiläufig erwähnte Meinung dieses Juristen als ein Sublimat rücksichtsloser Ausbeutung jenes Satzes hervorzuheben, wie es bei Windscheid geschieht. Als Urheber desselben werden Julian und Celsus genannt, und diese haben ihn sicher nicht in so strengem Sinn verstanden [5]). Von Sabinus wissen wir nur, daß er der Meinung war: wenn der Usufructuar (d. i. der einzige, der Inhaber des ganzen Usus fructus) diesen pro parte dem Proprietar in

5) Vgl. oben S. 108 fg. 120.

iure cedire, so verliere jener und gewinne wieder im selben Momente den in iure cedirten Theil; das aber beweist nicht, daß Sabinus jenem Satz mit rücksichtsloser Ausbeutung huldigte; es könnte sogar eher zum Gegenbeweise dienen; denn von diesem Gesichtspunkte aus hätte Sabinus behaupten müssen, daß auch der Usufructuar, der den ganzen Ususfructus dem Proprietar in iure cedirte, sein Recht zugleich verliere und wieder gewinne; indem er nur der in iure cessio partis ususfructus solche Folge gibt, scheint er anzudeuten, daß die in iure cessio des ganzen Ususfructus nicht dieselbe Wirkung habe [6]). Diese Verschiedenheit der beiden Fälle aber könnte man etwa daraus erklären, daß Sabinus der in iure cessio des Ususfructus an den Proprietar nicht die Wirkung eines Erwerbs für diesen, sondern nur die des Verlustes für den Usufructuar beilegte; demnach dem Usufructuar selbst, der nur einen Theil cedirte, diesen als vacant wieder anwachsen ließ, während die in iure cessio des ganzen Ususfructus diesen ganz vernichtete und somit das Eigenthum ganz davon befreit wurde.

Hiernach scheint es nun auch bedenklich, dem Sabinus die Meinung beizulegen, daß der Theilnießbraucher, welcher zu seinem Theil den Nießbrauch durch in iure cessio aufgibt, an dem durch sein eigenes Wegfallen begründeten Anwachsungsrechte zu einer Rate Theil nehme. Es ist unberechtigt, wenn Schlayer S. 338. dies als

6) Daß der Ususfructus durch in iure cessio an den dominus proprietatis aufgehoben werde, wird von den Sabinianern Pomponius und Gaius wie von Paulus als ganz unzweifelhaft angeführt — L. 66. D. de iure dot. XXIII. 3. Gai. II. §. 30. Pauli sent. III. 6. §. 32. —; nirgendwo sonst, außer obigem §. 75. Vat. fr., findet sich auch nur eine Spur, daß Sabinus darüber anderer Meinung gewesen sei.

wirkliche Ansicht des Sabinus in Vat. fr. §. 75. ausgesprochen findet. Die dort von Ulpian angeführte Meinung betrifft gar nicht einen usufructuarius coniunctus, sondern den Usufructuar, der von dem ganzen ihm zustehenden Nießbrauch einen Theil dem Proprietar in iure cedirt. Man könnte nur allenfalls daraus, daß Sabinus in diesem Falle den Usufructuar wieder gewinnen läßt, folgern, derselbe müsse consequent dann auch dem usufructuarius collegatarius, der seinen Theil, d. i. einen Theil des ihm eigentlich auch vermachten ganzen Usufructus, dem Proprietar in iure cedirte, die Theilnahme an dem Anwachsungsrechte bezüglich dieses Theiles zugesprochen haben. Aber mit sicherer Entschiedenheit läßt sich darüber nichts behaupten, und an sich ist es höchst unwahrscheinlich, daß ein so ausgezeichneter Jurist, wie Massurius Sabinus war, jemals die Meinung vertheidigt habe, den ihm vermachten Nießbrauch könne der Legatar, der ihn doch ganz ablehnen konnte, einmal erworben, weder ganz noch zum Theil durch seinen Willen zu Gunsten des Eigenthümers verlieren; denn nach der Grundansicht, aus welcher jene absonderliche Meinung des Sabinus abgeleitet wird, würde der Legatar auch durch fortgesetzte Nichtausübung seines Rechts nach der erfolglosen in iure cessio desselben an den Proprietar immer noch nicht das Recht verloren haben.

Der Erklärung Schlayer's steht aber ferner noch entscheidend entgegen der schon oben S. 145. gegen Baron vorgebrachte Einwand. Wenn nehmlich Maevius schon vor Eintritt des Relegatfalles seines Rechtes definitiv verlustig und so Titius kraft seines ersten Legats alleiniger Nutznießer geworden war, so konnte gar nicht die Frage entstehen, ob nach Eintritt des Relegatfalles Maevius und Titius noch re coniuncti seien und daher ein Anwachsungsrecht unter ihnen stattfinde. Allerdings, wenn man

die ganze Vermächtniß-Anordnung, das gemeinschaftliche Vermächtniß für Maevius und Titius nebst der Repetitio für den letzten, in Erwägung zieht, so ist als möglicher auch der Fall zu berücksichtigen, daß Maevius zuerst wegfällt, dann Titius den ursprünglich vermachten Nießbrauch verliert und nur kraft der Repetitio weiterhin Anspruch darauf hat. Aber auf diesen Fall ist die Frage „an viderentur coniuncti" offenbar nicht zu beziehen, sondern nur auf den Fall, wenn zur Zeit, da die Repetitio in Wirksamkeit tritt, auch Maevius noch berechtigt ist. Da sind denn, um die Wirkung der re coniunctio zu bestimmen, die zwei Fälle zu unterscheiden: a) Titius fällt zuerst weg, b) Maevius verliert den Nießbrauch, während Titius kraft des wiederholten Vermächtnisses noch im Genuß des Rechts ist. Nach Schlayer's Erklärung hätte Papinian für diesen letzten Fall nichts entschieden, also die gestellte Frage ganz unvollständig beantwortet, ja gerade für den zweifelhafteren Fall deren Beantwortung ganz unterlassen, dagegen einen Fall entschieden, in welchem von zweifelhafter re coniunctio und darauf beruhendem Anwachsungsrechte gar nicht die Rede sein konnte, sondern einzig davon, ob zufolge der Relegatio der Legatar in jenem günstigen Fall mehr als ihm relegirt worden erhalte. Hiernach kann ich Schlayer's Erklärung nicht einmal als wahrscheinlich richtige erkennen. Das Plusquamperfectum „amisisset", worauf er Gewicht legt, gibt nur ein schwächliches Argument dafür, daß dabei an die Zeit vor Eintritt des Relegatfalles gedacht sei, da es an jeder Bestimmung des Zeitpunktes fehlt, in dem vorhergehenden §. 1. aber offenbar die Zeit nach Eintritt des Relegatfalles in's Auge gefaßt und die Frage beantwortet wird, wie sich alsdann der Relegatar Titius zu dem ursprünglich ihm re et verbis verbundenen Maevius stelle.

Uebrigens ist es nach Vergleichung der L. 1. D. de

usufr. accresc. mit Vat. fr. §. 75. allerdings wahrscheinlich, daß auch L. 3. §. 2. cit. von den Compilatoren bedeutend abgekürzt und interpolirt worden sei, und vielleicht ist etwas ausgelassen, wodurch sich der sonst immer etwas räthselhafte Schlußsatz Ulpian's besser erklärte. Wie man aber auch darüber denken mag und wenn man auch auf die Beweiskraft der L. 3. §. 2. cit. und eben so der L. 10. cit. gänzlich verzichtet, so ist, wie mir scheint, die nach der herrschenden Meinung angenommene Beschränkung des Anwachsungsrechts desjenigen, der zu seinem Theil den Nießbrauch schon verloren hatte, dennoch festzuhalten. Der Grund dafür ist von Schneider a. a. O. S. 296. und Vangerow a. a. O. S. 598. richtig angegeben. Er liegt in der Natur und wesentlichen Voraussetzung des Anwachsungsrechts. Nur wo concursu partes fiunt, soll dieses stattfinden; es soll dem Legatar, welchem durch die Concurrenz eines Collegatars ein Theil des ihm vermachten Gegenstandes entzogen werden könnte oder, wie beim Nießbrauch möglich ist, einstweilen wirklich entzogen wird, auch diesen Theil gewähren, falls jene Concurrenz ganz ausbleibt oder (beim Nießbrauch) später aufhört. Jener Theil des Nießbrauchs aber, welchen einer der Legatare schon während der Concurrenz mit dem anderen wirklich hatte und nun aus irgend welchem Grunde verloren hat, ist ihm ja nicht durch jene Concurrenz entzogen; er kann ihm daher auch nicht durch deren Wegfallen wieder anwachsen, wenngleich er inzwischen dem jetzt wegfallenden Collegatar durch Anwachsung erworben war. Das ist ganz folgerichtig und der Natur des Verhältnisses entsprechend. Wäre jedem der beiden Legatare von vorneherein nur ein Theil des Nießbrauches vermacht worden, so würde die Endigung des Nießbrauches in der Person des einen nur dem Proprietar zu Gute kommen; ist beiden zusammen der ganze Nießbrauch vermacht, so wird, falls einer von ihnen zu seinem

Theil den Nießbrauch verliert, dieser Vortheil des Proprietars durch das Anwachsungsrecht des Collegatars ausgeschlossen; daß aber auch dann noch, wenn dieser ihm nicht mehr im Wege steht, dem Proprietar jener Vortheil nicht zukommen solle, daß der erstverlierende Collegatar, indem er kraft seines ursprünglichen (eventuell) auf den ganzen Nießbrauch gerichteten Vermächtnißrechts nunmehr den früher durch die Concurrenz des jetzt ausscheidenden anderen Collegatars ihm vorenthaltenen Theil des Nießbrauchs für sich begehrt, als Anhängsel desselben auch den früher schon ihm selbst verlorenen Theil wiedergewinne, das wäre in der That ein verwunderlicher Erfolg; begreifen ließe er sich nur, wenn als Regel feststünde, daß der alleinige Nießbraucher, wie Sabinus bezüglich der in iure cessio an den Proprietar behauptet hatte, überall nicht pro parte den Nießbrauch zu Gunsten des Proprietars definitiv verlieren könne; da nach L. 25. D. quib. mod. ususfr. amitt. vgl. mit Vat. fr. §. 76. diese Meinung des Sabinus verworfen ist, so ist nicht einzusehen, warum nicht der Collegatar, dem virtuell auch der ganze Nießbrauch vermacht ist, einstweilen, so lange ihn der Mitbedachte noch durch seine Concurrenz auf einen Theil einschränkt, diesen ihm actuell schon jetzt zustehenden Theil definitiv sollte verlieren können.

Unhaltbar ist meines Erachtens die von Schlayer a. a. O. S. 350. fg. versuchte Widerlegung der betreffenden Ausführung Schneider's. An den Satz „quotidie constituitur ususfructus“ sich anlehnend findet er in dem Anwachsen eines bisher durch den einen Mitvermächtnißnehmer dem anderen entzogenen Theils des Nießbrauchs immer eine neue Delation des Vermächtnisses. Wo eine solche neue Delation eintrete, da sei es durch nichts gerechtfertigt, den Umfang des zufolge des neuen Rechtsgrundes zu erwerbenden Rechts wegen eines früheren hievon

ganz unabhängigen Vorgangs zu begränzen. „Oder wer möchte behaupten", sagt der Vf., „daß eine von einem Testamentserben geschehene Ausschlagung des ihm angefallenen Theils einer Erbschaft seinem späteren Erwerb dieser ganzen Erbschaft ab intestato, falls sie nach Intestatgrundsätzen begründet wäre, entgegenstände?" So kann er sich nicht davon überzeugen, daß in obigem Fall der Umfang des zufolge der neuen Delation begründeten Rechts dadurch eine Begrenzung erhalte, daß der Berechtigte bei einer früheren Delation, vielleicht aus humaner Rücksicht auf einen Mitberechtigten, von der ihm zugestandenen Befugniß der Ausschlagung Gebrauch gemacht hatte; die neue Delation müsse die volle ihr inhärirende Rechtswirkung äußern. Hierin scheint mir aber vorerst ganz verfehlt die Ansicht des Verfassers in Betreff des zuletzt angeführten speciellen Falles. Das Vermächtniß des ganzen Nießbrauchs für jeden einzelnen Collegatar ist nur eines, mit einem dies legati cedens; jeder kann dasselbe nur ganz annehmen oder ablehnen, nicht theilen, obgleich er, wenn und so lange ein Collegatar mit ihm wirklich concurrirt, auf einen Theil eingeschränkt wird. Lehnt er das Vermächtniß ab, so ist er ganz davon ausgeschlossen und kann auch nicht mehr nach späterem Wegfallen des anderen Collegatars ein Anwachsungsrecht in Anspruch nehmen als ein Collegatar, der nur seinen durch die Concurrenz eines anderen bestimmten Theil verloren hat; er hat nicht einen Theil verloren, sondern keinen Theil erworben. Das scheint mir eben so gewiß, als daß jenes Recht nicht Demjenigen zusteht, der durch Capitisdeminutio den Nießbrauch verloren hat. Unhaltbar ist denn auch die Theorie von der „neuen Delation". Es ist nicht ein neuer Rechtsgrund, kraft dessen der Collegatar den Theil des wegfallenden erwirbt; es ist das ursprüngliche auf den ganzen Nießbrauch gerichtete Vermächtnißrecht desselben, das sich von

selbst sofort geltend macht, wie die beschränkende Concurrenz eines Mitberechtigten wegfällt. Würde des letzten Vermächtniß-Antheil jetzt erst dem noch berechtigten Mitvermächtnißnehmer deferirt, so könnte dieser denselben auch jetzt erst und noch ablehnen; unstreitig aber accrescirte nach dem Recht des Vindicationslegats der erledigte Theil dem Collegatar, der das Vermächtniß angenommen, von selbst und nothwendig, und so verhält es sich nach L. un. §. 11. Cod. de cad. toll. bei allen Vermächtnissen, wenn disiunctim Mehreren dasselbe vermacht ist. Vollends unzulässig ist die Idee, daß jetzt das ganze Nießbrauchs-Vermächtniß in seinem ursprünglichen Umfange dem übrigbleibenden Collegatar neu deferirt werde, mit Inbegriff auch desjenigen Theils, den dieser früher schon erworben, dann verloren hatte, und der ihm niemals durch die Concurrenz des jetzt wegfallenden Mitberechtigten entzogen worden ist. Von dem Satze, daß quotidie constituitur usufructus, kann man überall nicht solche Nutzanwendung machen, wie Schlayer S. 352. thut, ohne in einen gleichen Fehler zu verfallen, wie der von diesem selbst S. 338. als Auswuchs römischer Rechtsgelehrsamkeit gerügte; denn in strenger Consequenz jenes Satzes müßte behauptet werden, daß der vermachte Nießbrauch eigentlich gar nicht, weder ganz noch zum Theil, verloren werden könne, so lange der Nießbraucher am Leben bleibt, und hätte somit die Controverse, die uns beschäftigt, gar nicht einmal entstehen können.

Wesentlich anders verhält es sich bei der Repetitio oder Relegatio des vermachten Nießbrauchs für den Fall des Verlustes. Da liegt wirklich, nachdem der kraft des ersten Vermächtnisses erworbene Ususfructus verloren worden, ein neuer Rechtsgrund vor, ein neues Vermächtniß als Rechtsgrund des Wiedererwerbs des verlorenen Rechts. Es kommt nun auf den Umfang und Inhalt dieses neuen Vermächtnisses an. Ist dem Legatar wiederum schlechthin

der Nießbrauch, der ganze Nießbrauch, vermacht, so geht auch sein neues Vermächtnißrecht auf den ganzen Nießbrauch; hatte er also bisher einen Collegatar, so concurrirt er mit diesem nun auch wieder in dem ganzen Nießbrauch, und regelrecht erwirbt er dann durch dessen Wegfallen den ganzen Nießbrauch, ohne Rücksicht darauf, daß er vorher einen Theil desselben verloren hatte; er verhält sich als re coniunctus kraft des neuen Vermächtnisses zu dem früheren Mitvermächtnißnehmer eben so, wie ein Dritter, welchem für den Fall seines Ausscheidens, auch etwa nach seinem Absterben, natürlich nur von da an derselbe Nießbrauch wie ihm vermacht wäre. Das ist es, was L. 3. §. 1. cit. sagt. Ist ihm aber nur ein Theil, z. B. die Hälfte des Nießbrauchs wieder vermacht, etwa derselbe Theil, den er bisher kraft des ersten Vermächtnisses in Concurrenz mit dem Collegatar schon wirklich hatte, so concurrirt er nun kraft des neuen Vermächtnisses mit diesem auch nur zur Hälfte, als pro parte re coniunctus desselben, und kann kraft dessen durch Wegfallen desselben auch nur um so viel gewinnen, als ihm durch dessen Concurrenz zunächst entzogen ist. Das ist es, was L. 3. §. 2. ausspricht. Aber diese Stelle bespricht zunächst auch nur den Einfluß der Relegatio des Nießbrauchstheiles auf das Anwachsungsrecht. Dabei ist nun wohl noch in Betracht zu ziehen, wie es sich mit dem Theile verhalte, der bisher dem Relegatar zufolge des ersten Vermächtnisses durch den Collegatar entzogen war, und in dieser Beziehung kann gefragt werden, aus welchem Grunde jenem der Nießbrauch zu dessen ursprünglichem Theil verloren worden ist. Hat er denselben z. B. durch Nichtausübung seines Rechts verloren, so würde er, ganz abgesehen von der Relegatio, nach Wegfall des Collegatars, immer noch dessen ursprünglichen Antheil kraft seines ersten Vermächtnißrechts erwerben können; es liegt kein Grund vor, ihm dieses Recht nun darum

abzusprechen, weil ihm der von ihm verlorene Theil des Nießbrauchs für den Fall dieses Verlustes abermals vermacht ist; es scheint nichts im Wege zu stehen, daß ihm kraft des ersten Vermächtnisses jetzt noch die ursprüngliche Hälfte des jetzt erst wegfallenden Mitberechtigten zukomme, kraft des Relegats der durch den Collegatar ihm vorenthaltene Theil der anderen relegirten Hälfte anwachse, und somit auch in diesem Falle nun ihm der ganze Nießbrauch zufalle. Wäre ihm der ganze Nießbrauch wiederholt vermacht worden, so würde es von keinem Interesse sein, noch auf das erste Vermächtniß als Grund des Anwachsungsrechts zurückzugreifen, weil ihm dann jedenfalls vermöge des zweiten Vermächtnisses das Anwachsungsrecht bis zum Ganzen zustehen würde. Daher halte auch ich für richtig, was Schlayer annimmt, daß in L. 3. §. 2. cit. darum nicht Anwachsung zum Ganzen angenommen sei, weil Verlust durch Capitisdeminutio vorausgesetzt ist, welche das erste Vermächtnißrecht ganz zerstört und kein darauf sich gründendes Anwachsungsrecht übrig läßt. Aber ich kann nicht zugeben, daß in anderem Falle der Legatar vermöge solchen Anwachsungsrechts auch einen früher verlorenen Theil wieder gewonnen haben würde; den Theil, den er kraft dessen erwirbt, hatte er nicht verloren; den Theil aber, der ihm von der verlorenen und relegirten Hälfte noch accrescirt, erlangt er nicht durch Anwachsungsrecht auf Grund des ersten Vermächtnisses, sondern lediglich auf Grund des zweiten, ganz entsprechend den allgemeinen Regeln vom Anwachsungsrecht.

Auch der Art, wie Windscheid a. a. O. die Entscheidung der L. 3. §. 2. cit. erklärt, kann ich im Wesentlichen zustimmen. „Derjenige," sagt er, „welchem ein Nießbrauch mit einem Andern zusammen, und dem zugleich für den Fall des Verlustes seines Theils dieser Theil wiederholt vermacht ist, concurrirt nach dem Verlust

mit dem Mitvermächtnißnehmer für einen Theil (den ihm durch das zweite Vermächtniß zurückgegebenen Theil), und nicht für das Ganze, und danach bemißt sich auch das Anwachsungsrecht; denn das darf nicht gesagt werden, daß der Verlust des Nießbrauchs gar keine Aenderung hervorbringe, als wenn der Nießbraucher im Momente des Verlustes in seine frühere Stellung wieder einträte." Warum aber die Stelle nicht aus dem ersten Vermächtniß Anwachsung auf das Ganze eintreten lasse, das, glaubt er, lasse sich erklären entweder daraus, daß durch das zweite Vermächtniß das erste entkräftet sei, oder daraus, daß die Stelle von Verlust des Nießbrauchs durch Capitisdeminutio handelt und von dieser angenommen wurde, sie zerstöre, wie der Tod, das Nießbrauchsvermächtniß selbst („die in dem Vermächtniß des Nießbrauchs fortwirkende Kraft"). Daß das erste Vermächtniß durch das zweite ganz entkräftet sei, daß jenem durch das Wiedervermächtniß des verlorenen Theils auch die Kraft benommen sei, die demselben sonst ungeachtet jenes Verlustes noch verblieben wäre, läßt sich wohl nicht begründen. Wenn z. B. der eine Collegatar durch Nichtausübung seinen ursprünglichen Theilnießbrauch verloren hat, für diesen Fall aber ihm der Theil wieder vermacht ist, so scheint mir nichts entgegenzustehen, daß er nun, wenn er auch den wiedervermachten Theilnießbrauch verliert, ja selbst wenn er das zweite Vermächtniß ablehnt, doch noch bei völligem Wegfall des anderen Collegatars kraft des ersten auf den ganzen Nießbrauch gerichteten Vermächtnisses den durch die Concurrenz des wegfallenden früher vorenthaltenen Theil des Nießbrauchs nach L. 10. D. h. t. in Anspruch nehmen könne. Dagegen bin ich ganz einverstanden mit der zweiten Erklärung, und halte diese für eben so ausreichend als wohl begründet (vgl. oben S. 135.), und kann ich darnach den Hauptsatz der oben angeführten Erklärung Windscheid's

als übereinstimmend mit meiner obigen Ausführung gegen Schlayer unterschreiben.

Allein Windscheid steht uns gleichwohl als Gegner in Genossenschaft mit Schlayer gegenüber. Er erklärt sich zwar nicht ausdrücklich einverstanden mit der von diesem aufgestellten Construction des Falles der L. 3. §. 2. cit.; vielmehr spricht er von Concurrenz mit dem Collegatar auch noch nach dem Verlust und dem Eintritt des Relegatfalles und bemißt das Anwachsungsrecht schlechthin nach der durch das Relegat bewirkten Concurrenz, ohne zu unterscheiden, ob Maevius oder Titius zuerst wegfalle, oder gar insbesondere den Fall, daß Maevius schon vor dem ersten Verlust des Titius weggefallen war, zu betonen. Aber er stimmt doch im Ganzen der Ausführung Schlayer's bei und verwirft daher mit ihm die von der gemeinen Meinung behauptete Beschränkung des Anwachsungsrechts. Die Vergleichung der L. 3. §. 2. cit. mit Vat. fr. §. 74. 76. läßt ihm kaum einen Zweifel übrig, daß die Schlußworte jener Stelle („neque enim" etc.) „den Rückerwerb des Nießbrauchs leugnen wollen nicht für den Fall des Wegfalls des Mitvermächtnißnehmers, sondern eben für den Fall des Verlustes durch den Vermächtnißnehmer selbst", entgegen der stolida sententia des Sabinus. Er scheint sich darnach den Fall „quodsi Maevius amisisset" eben so zu denken, wie Schlayer, obwohl sein Hauptsatz eben so auf den Fall paßt, wenn Maevius erst nach Eintritt des Relegatfalles ausscheidet. Die Schlußworte erklärt er sodann durch eine sehr freie Uebersetzung, vermuthet aber, daß die Worte „etiam ipsi quidquam ex usufructu adcrescere" ein aus dem Folgendem entlehntes Glossem seien und statt „resumit" zu lesen sei „resumere", somit die ganze Schlußbemerkung laute: „neque enim potest dici, eo momento, quo quis amittit usumfructum, et resumere; placet enim

nobis, ei, qui amittit usumfructum, ex eo quod amittit nihil adcrescere," und erklärt die Worte „ex eo quod amittit" durch: „auf Grund davon, daß er verliert". Dieser Emendation und Erklärung kann ich aber nicht meinen Beifall geben. Die Emendation „et resumere" scheint mir schon aus grammatischen Gründen bedenklich; dieser Infinitiv mit zwei zu supplirenden Accusativen will mir nicht munden. Und die Erklärung scheint mir gezwungen und künstlich; die Ulpianische Rechtfertigung der Papinianischen Entscheidung erscheint darnach immer noch räthselhafter wie diese selbst. Mir ist es wahrscheinlicher, daß Ulpian's Stelle von den Compilatoren unvollständig excerpirt worden ist und daß sich aus der vollständigen Stelle das Räthsel vollkommen lösen würde. Für das Justinianische Recht aber ist immerhin bedeutend, daß sich nun darin der Satz findet, der nach der einfachsten Erklärung aussagt: von dem Theil, den der Vermächtnißnehmer einmal verloren hat, kann ihm nichts wieder durch Anwachsung zukommen; wobei nur hinzuzudenken ist: durch Anwachsung, die sich nur auf das erste zum Theil verlorene Vermächtniß gründet. Auch Windscheid's Erklärung erreicht jedenfalls nicht mehr, als daß sie die Beweiskraft der L. 3. §. 2. cit. für die gemeine Meinung abschwächt; diese aber ist ohnehin als wohlbegründet festzuhalten und zu behaupten: der Collegatar, der zu seiner Hälfte den Nießbrauch verloren hat, so daß dem anderen iure accrescendi der ganze Nießbrauch zugefallen ist, kann zwar nach dessen Wegfallen immer noch die durch diesen früher ihm entzogene Hälfte in Anspruch nehmen, vorausgesetzt, daß der Verlustgrund nicht ein solcher war, der sein Vermächtnißrecht ganz zerstört hat, nicht aber den ganzen Nießbrauch, d. i. auch die ihm früher verlorene und dem Collegatar zugewachsene Hälfte.

Was übrigens den Fall der Relegatio des verlorenen

Nießbrauchtheiles betrifft, der in L. 3. §. 2. cit. vorkommt, so scheint es mir zu römisch-strenge, hier überall den Collegatar bezüglich dieses Theiles wieder concurriren zu lassen und darnach, wie oben mit Windscheid angenommen wurde, dann auch das Anwachsungsrecht zu bemessen. Wenn der Erblasser einem Collegatar den zunächst für ihn sich ergebenden Theil des Nießbrauches für den Fall des Verlustes wieder vermacht, so ist in der Regel seine Willensmeinung gewiß die, daß der verlorene Theil demselben unverkürzt wiedergegeben sein solle, und dieser Willensmeinung ist dann unbedenklich Folge zu geben, so daß der andere Collegatar denselben bezüglich des wiedervermachten Theils nicht durch seine Concurrenz beschränkt. Auf diese Weise trifft man im Resultat mit der von Glück a. a. O. S. 297. fg. gebilligten Erklärung Suerin's zusammen. Zwar ist die Behauptung, daß durch das Relegat im Falle der L. 3. §. 2. cit. keine neue Conjunktion zwischen Maevius und Titius entstanden sei, weil diesem nur eine bestimmter Theil des Nießbrauchs wieder vermacht sei, mit Recht getadelt worden; unzweifelhaft entsteht auch dann eine re coniunctio (pro parte), wenn dem einen ein bestimmter Theil des Nießbrauchs, dem anderen der Nießbrauch schlechthin (der ganze Nießbrauch) vermacht ist; ist aber der Wille des Vermächtnißgebers so auszulegen, daß dem ersten der bestimmte Theil, unverkürzt durch Concurrenz des anderen, zukommen soll, so ist der erste (Titius) in Rücksicht dieses Theiles wirklich nicht re coniunctus des anderen (Maevius), und kann ihm daher, da ihm von dem ihm relegirten Theile durch den letzten nichts entzogen war, beim Wegfall desselben nicht ein Theil des relegirten Theiles erst anwachsen. Wird nun angenommen, daß Titius durch die Capitisdeminutio den ihm ursprünglich vermachten ganzen Nießbrauch ganz verloren habe, so ergibt sich: dem Titius accrescirt

nichts kraft des Relegats, weil er ohnehin schon den ganzen relegirten Theil hat; es kann ihm auch nicht kraft des ersten Vermächtnisses der Theil des Maevius accresciren, weil er durch die Capitisdeminutio den ganzen Nießbrauch, auch den ihm noch in Aussicht gestandenen Theil des Maevius, verloren hat und das Verlorene nicht durch Anwachsung wiedergewonnen werden kann [7]).

Noch in einem anderen Punkte müssen wir meines Erachtens für das heutige Recht eine Abweichung vom classischen Rechte behaupten. Nach diesem, so scheint mir, ließ man auch dann, wenn der eine Collegatar zu seinem Theil den Usus fructus dem Proprietar in iure cedirte, das Anwachsungsrecht des anderen Platz greifen [8]). Dies ist auch ganz erklärlich. Diese in iure cessio war ihrer Form nach nur ein Ergeben des Usufructuars in die Ver-

7) Glück a. a. O. S. 297. Anm. 82. zieht zur Bestärkung der Suerin'schen Erklärung noch die Basiliken herbei (XVI. 4. cap. 3. §. 2.). Diese sprechen unsere streitige Regel allerdings noch bestimmter aus als L. 3. §. 2. D. cit. *Ουδεὶς γὰρ ὅπερ ἀπώλεσεν ἀναλαμβάνει δικαίῳ πνοσαυξήσεως* („Nemo enim quod amisit iure accrescendi resumit"); sie widersprechen auch sowohl Schlayer's als Windscheid's Erklärung, nicht minder wie der von Baron, indem sie in gleicher Ausdrucksweise die beiden Fälle „si Titius amiserit" und „quodsi Maevius amisisset" als zukünftige setzen: *ἀπόλλοντοσ μὲν τοῦ Πέτρου* (statt si Titius amiserit) *τὸ πᾶν προσαύξει τῷ Παυλῷ* (d. i. Maevio), *εἰ δὲ ὁ Παῦλος ἀπολέση, μέροσ προξαύξει Πέτρῳ, καὶ μέρος ὑποστρέφει πρὸσ τὴν δεσποτείαν*; sie widersprechen aber auch der Erklärung Suerin's, indem sie auch dem Petrus (Titius) anwachsen lassen, während nach jener diesem nichts anwächst, sondern nur die wieder vermachte Hälfte bleibt.

8) Vgl. oben S. 148. 152 fg.

neinung seines Rechts von Seiten des Eigenthümers, der scheinbar die Freiheit seines Eigenthums von der Servitut vindicirte. Nun möchte wohl Jemand einwenden, auf Grund des gerichtlichen Zugeständnisses eines Collegatars, daß er nicht das ius utendi fruendi habe, und die darauf erfolgte prätorische Addiction der Servitutfreiheit des Eigenthums könne der Mitberechtigte nicht, so wenig wie sonst ein Dritter, behaupten, daß jener wirklich kein Recht habe, ihm also nun iure accrescendi der Nießbrauch ohne Concurrenten allein zustehe [9]; allein, wenn jener in Folge der in iure cessio an den Proprietar den Nießbrauch nicht mehr ausübte, so verlor er dann doch in kurzer Zeit den Nießbrauch non utendo, und daß alsdann das Anwachsungsrecht des Collegatars eintrete, konnte nicht beanstandet werden. Im neueren Recht ist nun an die Stelle jener in iure cessio ein einfacher Vertrag getreten, wodurch der Nießbraucher zu Gunsten des Eigenthümers auf sein Recht verzichtet. Es ist ohne Grund, diesem Vertrag gegen die Absicht der Vertragschließer die Folge zu geben, daß er zunächst dem unbetheiligten Collegatar Vortheil bringe, und auch damit, daß der Verzichtende nun seinen Nießbrauch nicht mehr selbst ausübt, die Folge zu verbinden, daß dieser dann zum Vortheil des Collegatars als non utendo erledigt betrachtet werde, wäre nicht gerechtfertigt. Der Nutznießer kann wie jedem Anderen so auch dem Eigenthümer die Ausübung seines Rechts überlassen und dadurch den Verlust durch Nichtgebrauch abwenden. Es kommt nun wesentlich nur auf den Inhalt des Vertrags und die Intention der Vertragsschließer an, wie die Wirkungen desselben zu bestimmen. Es kann wohl die Absicht sein, daß der Verzichtende einfach jetzt schon den Nießbrauch aufgebe, zum Vortheil nicht

9) Vgl. Arndts' gesammelte civ. Schriften I. S. 192. fg.

blos des Eigenthümers, sondern auch der Mitvermächtnißnehmer [10]); der Vertrag mit dem Eigenthümer allein wird aber in der Regel gewiß vielmehr darauf gerichtet sein, daß nur dieser den Vortheil von dem Verzicht habe, die Mitvermächtnißnehmer wie bisher auf ihren Theilnießbrauch beschränkt bleiben. Aber das Recht der letzten kann auch in keiner Weise durch jenen Vertrag geschmälert werden. Wenn der Verzichtende stirbt oder sonst in seiner Person ein Ereigniß eintritt, durch welches auch, wenn er nicht verzichtet hätte, sein Recht geendigt worden wäre, so muß jenen das Anwachsungsrecht, wie es ihnen der Regel nach in diesem Falle zusteht, unzweifelhaft noch zuerkannt werden.

4) Als ein Recht an fremder Sache kann der Nießbrauch in der Person eines der Mitvermächtnißnehmer auch

10) Bekanntlich wurde nach Gaius II. §. 30. die in iure cessio des Usus fructus an einen Fremden als eine nichtige wirkungslose Handlung angesehen, und ist nur fraglich, ob etwa Pomponius anderer Meinung gewesen sei. Arndts a. a. O. S. 187. fg. 191. Doch aber ist wohl anzunehmen, daß die in iure cessio des Usus fructus von Seiten eines Vermächtnißnehmers an den Mitvermächtnißnehmer nicht ohne Wirkung war. Sie läßt sich hier so denken, daß der letzte gegen den ersten scheinbar den ganzen Usus fructus vindicirte, und dieser darein sich ergab, wornach er dann gegen jenen sein Mitgenußrecht nicht mehr geltend machen konnte, ohne daß daraus dem Eigenthümer, der nicht die Servitutfreiheit vindicirt hatte, ein Recht erwuchs. Bei der Formfreiheit des neueren Rechts hat es kein Bedenken, daß der Collegatar sowohl nur zu Gunsten des Mitberechtigten als zu Gunsten des Eigenthümers auf sein Recht wirksam verzichten kann, und dem letzten gegenüber sowohl auf sein ganzes Vermächtnißrecht, auch auf sein eventuelles Anwachsungsrecht, als nur auf sein gegenwärtiges actuelles Mitgenußrecht.

dadurch ein Ende nehmen, daß dieser das Eigenthum der dienenden Sache erwirbt, z. B. durch Beerbung des Erben oder durch Kauf oder Schenkung von demselben. Tritt in diesem Fall für die übrigen Anwachsungsrecht ein, so daß jener nun durchaus nur nudam proprietatem hat? Billig wäre das nicht; denn bisher beschränkte er die Mitvermächtnißnehmer auf einen Theil des Nießbrauchs und diese werden in ihrem Rechte nicht beeinträchtigt, wenn demselben auch fernerhin als Eigenthümer zu demselben Theile der Fruchtgenuß (materiell) mit ihnen wie bisher verbleibt; unbillig wäre es, daß sie von dem ihnen fremden Eigenthumserwerb des Mitgenossen den Vortheil der Erweiterung ihres actuellen Genußrechts ziehen sollten. Eine wirkliche Beeinträchtigung ihres Vermächtnißrechts aber würden sie erleiden, wenn ihnen nun bezüglich des mit dem Eigenthum vereinigten Theils des Nießbrauchs ihr Anwachsungsrecht für alle Fälle abgeschnitten wäre. Billiges Recht für beide Parteien ist: daß einerseits dem das Eigenthum erwerbenden Vermächtnißnehmer sein bisheriges auf das Vermächtniß sich gründendes Mitgenußrecht erhalten werde, andererseits auch den Mitvermächtnißnehmern ihr Anwachsungsrecht, falls in der Person des Eigenthumserwerbers sich ereignet, was ihm, wenn er noch Nutznießer wäre, den Verlust des Nießbrauchs verursacht haben würde, dagegen aber auch diesem die Anwachsung zu Gute kommt, wenn einer der übrigen Vermächtnißnehmer später wegfällt [11]). So wird denn auch dieser Fall beurtheilt in L.

11) Das letzte ist erheblich, wenn er mehrere Mitvermächtnißnehmer hatte und von diesen zunächst nur einer wegfällt, indem er alsdann mit dem übrig bleibenden auch in Ansehung des anwachsenden Theiles concurrirt; hatte er nur einen Collegatar, so erlangt er durch dessen Wegfall ohnehin plenam proprietatem.

3. §. 2. D. h. t. VII. 2. vgl. L. 6. pr. eod. [12]). Auch diese Stelle aus Ulpian's lib. XVII. ad Sab. ist uns nun vollständiger überliefert durch Vat. fr. §. 83. Nach den Worten „Nec novum" in L. 3. §. 2. cit. lesen wir hier:

nam et si duobus ususfructus legetur, et apud alterum sit consolidatus, ius accrescendi non perit, nec ei, apud quem consolidatus est, neque ab eo; et ipse quibus modis amitteret ante consolidationem, iisdem et nunc ipso quidem iure non amittet, sed praetor, subsecutus exemplum iuris civilis, utilem actionem dabit fructuario; et ita Neratio et Aristoni videtur et Pomponius probat: quamquam Julianus lib. XXXV. Dig. scribat, ipsi quidem ius adcrescendi *competere, non vero fructuario ab eo* [13]).

Schon Julian war demnach der Meinung, welche als dem klaren Texte der Digesten widerstreitende Ansicht des H. v. Suerin von Glück a. a. O. S. 280. Anm. 34. scharf zurückgewiesen wird. Aber auch Ulpian hat nicht kurzweg das behauptet, was ihm die Digesten in den Mund legen und auch Neratius und Aristo und Pomponius gebilligt haben sollen. Diese Juristen waren ebenso wie Julian der Meinung, daß der Mitnießbraucher, der das Eigenthum der Sache erworben und so pro sua parte plenam proprietatem erlangt hatte, iure civili nicht mehr als Nießbraucher, also z. B. durch Tod

12) Glück a. a. O. S. 289. fg.

13) Die cursiv gedruckten Worte sind (gewiß richtige) Ergänzung von Bethmann-Hollweg. — In den Digesten ist statt der Worte „iisdem et nunc .... fructuario" nur gesetzt „iisdem et nunc amittet", und die Worte „quamquam Julianus" etc. sind ganz ausgelassen.

oder Capitisdeminutio, den mit dem Eigenthum wiedervereinigten Theil des Nießbrauchs wieder verlieren könne, da er nicht mehr Servitutberechtigter, sondern pro parte unbeschränkter Eigenthümer der Sache sei. Aber sie erkannten es als eine Forderung der Billigkeit, welcher der Prätor durch Gewährung von utiles actiones entsprechen müsse, daß den Mitvermächtnißnehmern des Eigenthumserwerbers ihr bisheriges Anwachsungsrecht auch jetzt noch eben so erhalten werde, als wenn derselbe noch immer kraft des gemeinschaftlichen Vermächtnisses des Nießbrauches nur als Collegatar ihnen einstweilen einen Theil des Nießbrauches entziehe. Die Verfasser der Digesten aber haben jene Verweisung auf prätorische Hülfe für überflüssig gehalten, und dafür einfach gesagt, daß der Collegatar, der Eigenthümer geworden, auch nachher noch den Ususfructus aus denselben Gründen, wie vorher, zu Gunsten des Anwachsungsrechts der Mitvermächtnißnehmer verliere [14]). Hieraus erhellt denn noch einleuchtender, daß Suerin's Meinung gegen die Absicht der L. 3. §. 2. cit. grell verstößt.

Daß andererseits auch der das Eigenthum erwerbende Vermächtnißnehmer ungeachtet der Consolidation noch das Anwachsungsrecht behalte, dagegen scheinen die genannten römischen Juristen auch vom Standpunkt des strengen Civilrechts kein Bedenken gehabt zu haben. Das erklärt sich aus folgender Erwägung: Das Anwachsungsrecht ist eine auch nach Verlust des zunächst erworbenen Theils des Nießbrauchs noch fortwirkende Kraft des ursprünglichen Vermächtnißrechts, die auch dadurch nicht leiden kann, daß ein Collegatar das Eigenthum erwirbt und zu seinem Vermächtnißtheil das Nutzungsrecht nicht mehr als Servitut (sog. ususfructus formalis) hat, sondern als in so weit

14) Heimsoeth l. c. pag. 44.

servitutfreier Eigenthümer. Wenn Einem mit Anderen zusammen der Nießbrauch einer Sache vermacht war, und jener vor Erwerb des Vermächtnisses aus anderem Rechtsgrunde die nuda proprietas erworben hatte, so konnte nur ein sophistischer Jurist behaupten, daß nun jenes Legat für ihn unwirksam sei, weil er an seiner Sache auch nicht zu einem Theile die Servitut des Nießbrauchs erwerben könne, daß also nun kraft Anwachsungsrechts den Mitvermächtnißnehmern allein der ganze Nießbrauch zufalle. Wenn aber jener, ungeachtet er schon Eigenthümer ist, zu Anfang kraft des Legats die Collegatare auf einen Theil des Nießbrauchs einschränkt, so muß consequent ihm auch, wenn später einer der Collegatare wegfällt, vermöge derselben Vermächtnißkraft ein Anwachsungsrecht zuerkannt werden.

5) Mit dem unter Nr. 4. besprochenen Punkte steht in nahem Zusammenhange ein anderer Satz des römischen Rechts: Wenn Einem schlechthin eine Sache, das Eigenthum derselben (dominium, proprietas), Anderen der Nießbrauch an dieser Sache vermacht ist, so soll jener mit diesen doch auch im Nießbrauch concurriren, d. i. sie auf einen Theil des Nießbrauchs einschränken, wenn ihm nicht ausdrücklich das Eigenthum nur mit Ausschließung des Nießbrauchs (deducto usufructu), also die nuda proprietas, vermacht ist; eben so wie, wenn demselben das Eigenthum (die proprietas) und zudem mit Anderen gemeinschaftlich auch der Nießbrauch ausdrücklich vermacht ist [15]. So wird denn auch in Ansehung des Anwachsungsrechts der Eigenthumslegatar als Collegatar derjenigen, denen der Nießbrauch vermacht ist, behandelt. Das ist

15) L. 6. pr. D. de usufr. ear. rer. VII. 5. L. 19. 26. §. 1. D. de usu et usufr. leg. XXXIII. 2. L. 4. 6. pr. L. 9. D. h. t. VII. 2.

es, was die unter Nr. 4. besprochene Stelle Ulpian's zuerst als Hauptsatz ausspricht:

Non solum autem, si duobus ususfructus legetur, est ius adcrescendi, verum et si alteri ususfructus, alteri fundus legatus est; nam amittente usumfructum altero, cui erat legatus, magis iure adcrescendi ad alterum pertinet, quam redit ad proprietatem [16]).

Darauf folgt dann erst mit den Worten: „*Nec novum*“ etc. die unter Nr. 4. erklärte Regel, die Ulpian nur zur Bestärkung des vorangehenden Hauptsatzes herbeizieht, um den Einwurf abzuwehren, daß er etwas ganz Neues vorbringe. Er scheint demnach jene Regel als ausgemachter angesehen zu haben wie den Hauptsatz, zu dessen Unterstützung er sie als Parallele anführt. Jedoch ist nicht ganz klar, ob Ulpian diese Parallele durchgreifend gelten lasse, auch in so fern, daß der Eigenthumslegatar seinen Antheil am Nießbrauch nach den von diesem geltenden Regeln verlieren könne und dadurch das Anwachsungsrecht des Collegatars in Wirksamkeit trete. In dem Hauptsatze sagt er nur, daß, wenn derjenige, dem der Nießbrauch vermacht ist, diesen verliere, dessen Antheil am Nießbrauch dem Eigenthumslegatar magis iure accrescendi zufalle, quam redit ad proprietatem. Und in L. 4. D. h. t. wird selbst in dem Falle, wenn dem Eigenthumslegatar zugleich ausdrücklich neben zwei Anderen der Nießbrauch vermacht ist, der dann zunächst jedem zu $^1/_3$

16) Vat. fr. §. 83. weicht vom Text der L. 3. §. 2. cit. ab, indem man dort liest: „si duobus do lego ususfructus legetur .... verum (*et*) si alteri ususfructus, alteri proprietas, nam“ etc. Das *et* nach verum hat der Schreiber ohne Zweifel aus Versehen ausgelassen; die anderen Abweichungen des Digestentextes sind durch Interpolation bewirkt.

zukommt, nur für den Fall, wenn einer von den beiden letzten Capitisdeminutio erleidet, dessen $^1/_3$ dem anderen und dem Eigenthumslegatar iure accrescendi zugetheilt, nicht aber auch den beiden Collegataren ein Anwachsungsrecht beigelegt, wenn der Eigenthumslegatar Capitisdeminutio erleidet [17]). Aber dies erklärt sich daraus, daß diese Stelle von Julian herrührt, der, wie wir jetzt aus Vat. fr. §. 83. wissen, den Collegataren im Nießbrauch auch gegenüber demjenigen, der das Eigenthum der Sache erworben hatte, das Anwachsungsrecht absprach, wenn in dessen Person später ein Grund des Nießbrauchverlustes eintrat. Dagegen Ulpian fand dies unbillig und wollte eben so den Collegataren gegen den Eigenthumserwerber wie diesem gegen jene ein Anwachsungsrecht gewährt wissen. Wenn er nun damit den Fall, da Einem das Eigenthum, Anderen der Nießbrauch vermacht ist, zusammenstellt und davon sagt, auch in diesem Fall „est ius adcrescendi", so muß man annehmen, daß er auch dieses in gleicher Weise der Billigkeit gemäß als gegenseitiges geachtet wissen wollte, wie in dem zur Vergleichung herbeigezogenen Fall; wäre er anderer Meinung, so müßte man erwarten, daß er dies ausdrücklich bemerkt hätte. Dazu ist noch Folgen-

17) L. 4. D. h. t. (Julian. lib. XXXV. Dig.): Si tibi proprietas fundi legata fuerit, mihi autem et Maevio et tibi eiusdem fundi ususfructus, habebimus ego et Maevius trientes in usufructu, unus triens proprietati miscebitur. Sive autem ego sive Maevius capite minuti fuerimus, triens inter te et alterutrum nostrum dividetur, ita ut semissem in usufructu habeat is, qui ex nobis capite minutus non fuerat, ad te proprietas cum parte dimidia usus fructus pertineat. — Von dem Fall, si tu (der Eigenthumslegatar) capite minutus fueris, ist keine Rede.

des zu beachten: in dem Fall, den Ulpian zu Anfang der Stelle speciell hervorhebt, wenn nehmlich nur Einem das Eigenthum, nur Einem der Nießbrauch vermacht worden, ist es ganz gleichgültig, ob dem ersten beim Wegfall des letzten dessen Antheil am Nießbrauch iure adcrescendi zugesprochen wird oder als rediens ad proprietatem (vgl. oben S. 168. Anm. 11.). Zwar legt Glück a. a. O. S. 168. 279. großes Gewicht darauf, vermeinend, daß durch Anwachsung der Nießbrauchtheil nur mit allen vom Testator darauf gelegten Lasten erworben werde, die bei einer Consolidation wegfallen würden. Allein daran kann Ulpian nicht gedacht haben, da hier überall ein Vindicationslegat vorausgesetzt wird, bei dem die Anwachsung ipso iure sine onere stattfand; und nach L. un. §. 11. Cod. de cad. toll. verhält es sich noch eben so, wenn die Vermächtnißnehmer nur re coniuncti sind; wie aber die beiden, deren einem das Eigenthum, dem anderen der Nießbrauch derselben Sache vermacht wird, re et verbis coniuncti sein sollen, ist nicht wohl zu erfinden. Wenn also Ulpian nicht mehr hätte sagen wollen, als was in dem angeführten Beispiel liegt („nam amittente" etc.) so hätten wir es nur mit einer leeren Spitzfindigkeit der Auffassung zu thun, die durch das „nec novum" etc. zu rechtfertigen nicht der Mühe lohnte. Aber er wollte überhaupt dem Eigenthumslegatar neben den Nießbrauchslegataren ein Anwachsungsrecht beilegen, das sich als praktisch sehr bedeutend erweist, wenn neben ihm Mehreren der Nießbrauch vermacht ist und von diesen einer wegfällt, dessen Nießbrauchtheil wegen des Anwachsungsrechts der anderen noch nicht an das Eigenthum zurückfällt. Wenn nun in diesem Fall ihm doch, als wäre auch er Collegatar bezüglich des Nießbrauchs, mit den anderen Collegataren ein Theil des erledigten Theils zukommt, so spricht auch hier wie in dem Fall Nr. 4. die gleiche Bil-

ligkeit dafür, daß auch den Nießbrauchslegataren gegen den Eigenthumslegatar gleiches Recht gewährt werde.

Einer besonderen Beachtung bedarf aber noch L. 26. §. 1. D. de usu et usufr. leg. XXXIII. 2. (Paul. lib. V. quaest.):

Si fundus duobus, alii ususfructus legatus sit, non trientes in usufructu, sed semisses constituuntur; idemque est ex contrario, si duo sint fructuarii et alii proprietas legata est. Et inter eos tantum ius adcrescendi est.

Wenn zweien das Eigenthum, einem der Nießbrauch, oder umgekehrt zweien der Nießbrauch, einem das Eigenthum vermacht ist, so soll der Nießbrauch sich in zwei Hälften theilen, deren eine dort den beiden Eigenthumslegataren, hier den beiden Nießbrauchslegataren zusammen, die andere dort dem einen Nießbrauchs-, hier dem einen Eigenthums-Legatar zukommt. Das sagt auch Africanus in L. 9. D. h. t. VII. 2. Paulus aber setzt noch hinzu: „Et inter eos tantum ius adcrescendi est". Das kann grammatisch nur auf den zweiten Fall „si duo sint fructuarii et alii proprietas legata est" bezogen werden, und scheint zu sagen, daß nur unter diesen beiden Usufructuaren, die mit einander in der einen Hälfte des Nießbrauchs concurriren, ein Anwachsungsrecht stattfinde, wenn nehmlich einer von ihnen den Nießbrauch verliert. Demnach würde Paulus in diesem zweiten Falle weder dem einen Eigenthümer gegenüber den beiden Nießbrauchern, noch diesen gegenüber jenem ein Anwachsungsrecht beilegen; vollends aber davon, daß auch im ersten Falle unter den beiden Eigenthümern ein Anwachsungsrecht stattfinde, ist in der Stelle nichts gesagt. Es ist hiernach nicht unwahrscheinlich, wie Heimsoeth a. a. O. S. 44. annimmt, daß Paulus in diesem Punkte überhaupt anderer Meinung war als Ulpian, und die Compilatoren nur aus

Versehen den obigen Satz der L. 26. §. 1. cit. aufgenommen haben, ohne den Widerspruch mit der in L. 3. §. 2. cit. gebilligten Ansicht Ulpian's zu bemerken. Indessen ist dieser Widerspruch auch noch auf andere Weise zu lösen: wenn man nehmlich annimmt, daß Paulus vorausgesetzt habe, den beiden Usufructuaren sei der Nießbrauch coniunctim, d. i. in einem Redesatze, vermacht worden, sie seien also re et verbis coniuncti. Nur unter dieser Voraussetzung scheint es auch gerechtfertigt, ihnen nur die Hälfte des Nießbrauchs, dem Eigenthumslegatar die andere Hälfte beizulegen. Gewiß machte die strenge Interpretation der römischen Juristen einen Unterschied zwischen folgenden beiden Fällen: a) „Maevio fundum do lego"; „Titio usumfructum fundi do lego", dann „Seio quoque usnmfructum fundi do lego", b) „Maevio fundum do lego", „Titio et Seio usumfructum fundi do lego". Wenn angenommen wurde, dem Maevius sei implicite mit der Proprietas auch der Usufructus vermacht, weil nicht ausdrücklich gesagt war „fundum deducto" oder „detracto usufructu do lego", so war doch im Fall a) durchaus kein Grund, die Theilung des Nießbrauchs unter die drei Personen anders zu bestimmen, als wenn verfügt wäre: „Titio usumfructum do lego, Seio usumfructum do lego, Maevio quoque usumfructum do lego", in welchem Fall unzweifelhaft der Eigenthumslegatar Maevius nur zu $^1/_3$ mit den beiden anderen im Nießbrauch concurrirt, dann aber auch, wenn Titius oder Seius wegfällt, der Antheil des Maevius sich auf $^1/_2$ steigert [18]). In dem Falle b) dagegen sind Titius

18) L. 4. D. h. t. Vgl. oben S. 173. Anm. 17. In dem Fall dieser Stelle können die Vermächtnißnehmer bezüglich des Nießbrauchs auch als re et verbis coniuncti gedacht werden, es macht aber keinen Unterschied, wenn sie auch nur re coniuncti waren.

und Seius als re et verbis coniuncti zusammen auf eine Hälfte beschränkt, haben aber auch, wenn einer von ihnen wegfällt, mit Ausschluß des Maevius das Anwachsungsrecht zu $^1/_2$; Maevius erlangt eine Erweiterung seines Nutzungsrechts erst, wenn beide wegfallen, und zwar den ganzen Nießbrauch oder plenam proprietatem, wie überall, wenn der Ususfructus endigt. Wird nun angenommen, Paulus habe in L. 26. §. 1. cit. den Fall b vor Augen gehabt, so konnte er wohl mit Beschränkung auf die beiden Fructuarien sagen: et inter eos tantum est ius accrescendi, mit Rücksicht auf den Wegfall des einen oder anderen von ihnen [19]), ohne deshalb auch im Falle a ein Anwachsungsrecht des Maevius beim Wegfall des Titius oder Seius zu läugnen, weil dort derselbe ohnehin wegen vollständiger Erlöschung der Servitut plenam proprietatem erlangte und es nur subtil war, zu sagen, das geschehe magis iure accrescendi. Jedoch ist in L. 26. §. 1. cit. nicht ausgesprochen, daß in dem Fall a auch Maevius ein wirksames Anwachsungsrecht gegenüber den beiden anderen Legataren habe, und ebensowenig, daß diesen gegenüber jenem ein solches zustehe, und es ist wohl möglich, daß in Betreff des letzten Paulus mit Julian einer strengeren Ansicht huldigte als Ulpian. Das aber ist weder in L. 26. §. 1. cit. noch meines Wissens sonstwo ausgesprochen, daß auch unter zwei Eigenthumslegataren, neben welchem einem Dritten der Ususfructus vermacht ist, ein Anwachsungsrecht stattfinde. In dem ersten Fall der L. 26. §. 1. cit. wird entschieden, daß die beiden Eigenthumslegatare zusammen nur zu $^1/_2$ den Nießbrauch haben, zu $^1/_2$ der Dritte. Da kann nicht daran gedacht

19) So deutet auch Heimsoeth an: nisi Papinianum (wofür zu setzen Paulum) unam tantum speciem: ex fructuariis aliquem defecisse, in mente habuisse statuamus.

werden, daß diesem anwachse, wenn einer der beiden ersten stirbt oder Capitisdeminutio erleidet. Aber auch daß in diesem Fall dem anderen Eigenthumslegatar der Nießbrauch des wegfallenden anwachse, ist nicht nur nicht gesagt, sondern auch völlig grundlos; es könnte nur behauptet werden, wenn durchgreifend überall anzunehmen wäre, daß das Vermächtniß des Eigenthums ohne Beschränkung ein Vermächtniß des Nießbrauchs in sich schließe; dann aber müßte auch, wenn nur zweien das Eigenthum, nicht neben ihnen einem Anderen der Nießbrauch vermacht ist, consequent behauptet werden, daß unter jenen, nachdem beide das Eigenthum, jeder zu $1/2$, erworben haben, doch noch rücksichtlich des Nießbrauches ein Anwachsungsrecht fortbestehe, falls der eine vor dem anderen stirbt oder Capitisdeminutio erleidet oder gar non utendo den Nießbrauch verliert, und das wird doch Niemand vertheidigen. Nur, wenn der Fall gesetzt wird, daß zwei Eigenthumslegatare mit einem Usufructuar zu gleichen Theilen im Nießbrauch concurriren, wie in L. 4. D. h. t. ein Eigenthümer mit zwei Usufructuaren, und nun mit Ulpian angenommen wird, daß, wenn einer der beiden ersten den Nießbrauch verliert, dem letzten Anwachsung gebühre, könnte man folgern, daß er darin durch den anderen Eigenthumslegatar beschränkt werde.

Hiernach bedarf das, was Glück a. a. O. S. 278. fg. über diese Fälle lehrt, einer erheblichen Berichtigung, und unhaltbar ist die Doktrin, die auf Grund der L. 26. §. 1. cit. in Vergleichung mit L. 3. §. 2. und L. 4. 9. D. h. t. übereinstimmend mit Roßhirt's Erklärung (I. S. 622.) aufgestellt wird von Schneider a. a. O. S. 300. fg. unter Nr. 5. 6. 7. Er stellt zuerst unter Nr. 5. als durchgreifende allgemeine Regel auf: Mehrere, denen blos unbeschränkt Eigenthum hinterlassen ist, empfangen in der Concurrenz mit Einem, dem der Ususfructus

vermacht worden, zusammen immer nur die Hälfte des Ususfructus; eben so umgekehrt mehrere Usufructuare in der Concurrenz mit Einem Eigenthumslegatar. Das scheint durch L. 9. D. h. t. bewiesen. Aber ich beanstande das immer. Ich kann nicht glauben, daß die römischen Juristen diese Vertheilung ohne alle Rücksicht darauf, ob coniunctim oder disiunctim den Mehreren vermacht worden, behaupten wollten. Sie ist mir unbegreiflich in dem Fall, wenn den Mehreren das Eigenthum oder der Ususfructus disiunctim vermacht war. Zwar findet Schneider S. 301. darin nur die strengste und sinnreichste Festhaltung eines vorher von ihm entwickelten Prinzips; aber wir werden unten sehen, daß dessen unter Nr. 4. versuchte Rechtfertigung der römischen Annahme einer Concurrenz des Eigenthumslegatars mit dem Nießbrauchslegatar, worin er dieses angebliche Prinzip entwickelt, durchaus nicht befriedigt, und dieses selbst auch nicht die obige Vertheilung befriedigend erklärt. Es ist nicht zu denken, daß durch den einfachen Satz der L. 9. cit. alle möglichen Verschiedenheiten in der Art und Weise des Bedenkens Mehrerer mit dem Vermächtniß des Eigenthums und des Nießbrauches derselben Sache gleichmäßig entschieden sein sollten; z. B. wenn Mehreren das Eigenthum oder der Nießbrauch theils coniunctim theils disiunctim vermacht war, und wie vollends, wenn die mehreren Legatare nicht einmal re coniuncti waren? z. B. „Titio et Seio aequis partibus“ oder „Titio pro parte dimidia fundum do lego, Seio et Maevio cuique partem quartam fundi do lego, Gaio et Sempronio aequis partibus usumfructum fundi do lego“. Einfach lassen sich alle Fälle entscheiden, wenn man von der Annahme ausgeht, daß die römischen Juristen das Legat der Sache oder des Eigenthums ohne den ausdrücklichen Zusatz „detracto usufructu“ eben so ausgelegt haben, als wenn

ausdrücklich neben den Legataren des Nießbrauchs auch noch dem Eigenthumslegatar der Nießbrauch vermacht, also dieser jenen bezüglich des Nießbrauchs gleichsam als Collegatar zugesellt wäre, obgleich die Servitut des Nießbrauchs dem Eigenthümer an der eigenen Sache auch nicht pro parte zustehen kann.

Aber Schneider findet zwischen diesen beiden Fällen einen scharfen Gegensatz gemacht. Unter Nr. 6. sagt er: „Ist der Eigenthumslegatar speciell zum Usufructus berufen, so theilt er mit den concurrirenden Usufructuaren im gleichen Verhältniß der Zuweisungen des Usufructus". Wenn dem Titius das Eigenthum, dann dem Seius, Maevius und Titius der Nießbrauch vermacht ist, so concurriren nach L. 4. D. h. t. alle drei zu gleichen Theilen, jeder zu $^1/_3$. Aber das beweist nicht, daß in allen solchen Fällen der Eigenthumslegatar mit den Usufructlegataren zu gleichem Theile im Nießbrauch concurrirt. Hat der Testator gesagt: „Titio fundum do lego, Seio et Maevio usumfructum do lego, Titio quoque usumfructum do lego", so ist dem letzten unzweifelhaft der Nießbrauch zu $^1/_2$ zu erhalten, dem Seius und Maevius zusammen nur $^1/_2$ zuzusprechen; hat er gesagt: „Titio proprietatem do lego, Titio et Seio usumfructum do lego, Maevio quoque usumfructum do lego," so wird, glaub' ich, dem Eigenthumslegatar Titius Jeder nur in Gemeinschaft mit Seius zu $^1/_2$ den Nießbrauch zuerkennen, jenem allein also zunächst nur zu $^1/_4$. Wenn nun hier unzweifelhaft ungeachtet der L. 4. cit. die Art und Weise der Conjunctio für die Bestimmung der Theile von entscheidendem Einfluß ist, so ist man wohl berechtigt anzunehmen, daß sie auch in dem Falle, wenn den Eigenthumslegataren nicht ausdrücklich noch der Nießbrauch vermacht ist, nicht ohne Einfluß sei, daß es nicht einerlei sei, ob das Eigenthum oder der Nießbrauch zweien oder mehreren

coniunctim oder disiunctim vermacht ist, und so geben L. 4. und L. 9. citt. keineswegs genügenden Beweis für die Richtigkeit der von Schneider beliebten scharfen Entgegensetzung der beiden Fälle, und das um so weniger, da sich diese an sich gar nicht empfiehlt; denn wenn die römischen Juristen den Eigenthumslegatar im Nießbrauch concurriren ließen, obgleich an eigener Sache Niemand eine Servitut haben kann, so läßt sich dieses allenfalls rechtfertigen durch die Annahme, daß in dem unbeschränkten Eigenthumsvermächtniß stillschweigend enthalten sei, was in dem Falle der L. 4. cit. ausdrücklich als des Testators Wille sich kund gibt; darnach aber wäre vielmehr eine gleichartige Beurtheilung der beiden Fälle angezeigt. In L. 4. cit. kann man sogar geradezu ein Argument gegen Schneider's Folgerungen aus dem begriffmäßigen Wesen des Eigenthumslegates finden; denn darnach müßte dem Eigenthumslegatar als solchem in dem Falle dieser Stelle zunächst schon auch Nießbrauch (zu $^1/_2$) zuerkannt werden und dann derselbe noch mit den beiden anderen (zu $^1/_3$ von $^1/_2$) concurriren; nur eine Willensauslegung beruhend auf der Erwägung der ganzen Anordnung, des Eigenthumslegates und der Verfügung über den Nießbrauch zusammengenommen, nicht sich bindend an jenen Begriff des Eigenthumslegates, konnte zu dem Resultate kommen, daß den drei Concurrenten der Nießbrauch jedem zu $^1/_3$ zukomme.

Hiernach nun kann ich auch zu dem Rechtsatz, den Schneider S. 302. unter Nr. 7. aufstellt, mich nicht bekennen:

„Concurriren unbeschränkte Eigenthumslegatare mit Usufructlegataren im Nießbrauche, so steht beiden Gattungen von Legataren zwar überhaupt das Anwachsungsrecht gegen einander zu; aber beim Wegfallen eines Legatars kommen zunächst die Legatare derselben Gattung,

zu welchen der Ausfallende gehörte, zum Anwachsungsrecht im Usus fructus; die Legatare der anderen Gattung sind so lange davon ausgeschlossen, als noch einer von jenen übrig bleibt."

Ein wunderlicher Rechtsatz! Die Eigenthumslegatare sollen gegen einander bezüglich des Nießbrauchs ein Anwachsungsrecht haben; gegen die Legatare, die allein „eigentliche Usufructlegatare" sind, soll der Eigenthumslegatar ein Anwachsungsrecht bezüglich des Nießbrauchs erst dann erlangen, wenn dasselbe für ihn werthlos ist, nehmlich wenn kein eigentlicher Usufructuar mehr da ist, der sein Eigenthum beschränkt!

Uebrigens ist der Satz des römischen Rechts, daß derjenige, welchem schlechthin das Eigenthum einer Sache vermacht ist, mit demjenigen, dem an derselben Sache schlechthin der Nießbrauch vermacht ist, im Nießbrauch concurrire, vom Standpunkt des neueren Rechts mit gutem Fug beanstandet worden [20]). Dagegen wird er zwar von Schneider a. a. O. S. 5. 296. fg. lebhaft vertheidigt als einer der scharfsinnigsten Sätze, der „unmittelbar hervorgeht aus dem substantiellen Gedanken, den das Römische Recht im Usus fructus überhaupt anerkennt". Aber ich begreife es, daß Brinz und Windscheid sich dadurch nicht abhalten ließen, den Satz als unpraktisch anzutasten [21]). Allerdings,

20) Vgl. namentlich W. Francke obss. de iure legatorum et fideicommissorum. Jenae 1832. cap. II. „de dominio rei et eiusdem rei usufructu legato". Brinz Pand. erste Aufl. I. S. 901. Unger Erbrecht §. 71. Anm. 5. Windscheid Pand. III. §. 656. Anm. 6.

21) In meinem Lehrb. der Pand. §. 575. nota 1 (vgl. auch die civilist. Schriften II. S. 477.) ist er noch ohne Beanstandung aufgenommen unter Verweisung auf L. 19. D. de usu et usufr. leg. XXXIII. 2., übereinstimmend mit Vangerow Pand. II. §. 554. S. 534. (7. Aufl.). Genauere Prüfung überzeugt mich, daß dies nicht zu loben ist.

wer sich verpflichtet, eine Sache zu geben, das Eigenthum einer Sache (dominium rei, proprietatem), ohne Beschränkung oder Vorbehalt, der genügt seiner Verpflichtung nicht, wenn er das Eigenthum belastet mit dem Nießbrauchsrechte eines Dritten überträgt; es wird als selbstverständlich angenommen, daß er Eigenthum nicht ohne das wichtigste Recht des Eigenthümers, die Befugniß zum Nutzgenuß der Sache, zu gewähren verpflichtet sei [22]); der Käufer der Sache kann auf Evictionsleistung klagen, wenn ein Dritter gegen ihn das Recht des Nießbrauchs erstreitet, von dem beim Kaufe keine Rede war [23]). So ist auch an anderem Orte schon ausgeführt, daß derjenige, welchem eine Sache vermacht ist, an der einem Dritten der Nießbrauch zusteht, wenn der Testator davon Kenntniß hat, vom Vermächtnißträger verlangen kann, daß er ihm das unbeschränkte Eigenthum der Sache gewähre [24]). Unrichtig aber ist es gleichwohl, zu sagen, Fruchtgenuß und Gebrauch sei etwas so Wesentliches im Eigenthumsrechte, daß die Gesetze jenen in diesem niemals übersehen; zu sagen, mit dem Eigenthum verbinde sich immer „das bestimmte juristische Bewußtsein, daß das Eigenthum den usus und die fructus gibt, eben so gut und so sehr, wie sich damit die Vorstellung der Verfügungs-Befugniß über die Substanz der Sache verknüpft". Es ist charakteristisch im Begriff des Eigenthums, daß er durch die manchfaltigsten Beschränkungen der Eigenthumsbefugnisse nicht aufgezehrt wird; der Rechtsbegriff des Eigenthums besteht fort, wenn auch der Nießbrauch einem Anderen zusteht; es kann also nicht heißen, dem Rechtsbegriff als solchem

22) L. 126. §. 1. D. de V. O. XLV. 1.

23) L. 66. pr. D. de contrah. emt. XVIII. 1. L. 49. D. de evict. XXI. 2.

24) Vgl. den Commentar Th. 46. S. 127—131.

von seinem Wesen etwas entziehen, ein Rechtsverhältniß unjuristisch auffassen, kann nicht uncivilistisch genannt werden, wenn man unter Umständen in einer Willenserklärung Eigenthum als Eigenthum ohne Nießbrauch, als nuda proprietas, auslegt; es kommt nur darauf an, ob im gegebenen Fall solche Auslegung durch genügenden Grund gerechtfertigt erscheint. Wenn der Eigenthümer einer Sache in einem Geschäft dem A das Eigenthum, dem B den Nießbrauch verkauft, indem beide für den Gesammtpreis solidarisch sich verpflichten, so wird gewiß Niemand dem A einen Anspruch auf das volle Eigenthum beilegen; hat doch der Käufer der Sache keinen Anspruch darauf, wenn ihm beim Verkaufe nur kundgethan ist, daß einem Dritten der Nießbrauch daran zustehe [25]). Wenn der Testator per damnationem in einem Satze dem A das Eigenthum, dem B den Nießbrauch derselben Sache vermachte, konnte man es dem Willen des Testators entsprechend finden, daß der Erbe dem A die Sache zu vollem Eigenthum zu verschaffen habe und daneben dem B den Nießbrauch gewähren oder ihn dafür entschädigen müsse? Wenn verfügt war: „dem A vermache ich eine Summe von 10,000, jedoch dem B den Nießbrauch dieser Summe", müßte man dem ersten 5000 sofort zu vollem Eigenthum zusprechen, dem anderen nur zu 5000 den Quasiususfructus? Ja wohl! sagt man: Julian hat das klar und deutlich ausgesprochen [26]).

25) L. 39. §. 5. D. de evict. XXI. 2.

26) In L. 6. pr. D. de usufr. ear. rer. VII. 5. (Julian. lib. XXXV. Dig.): Si tibi decem milia legata fuerint, mihi eorundem decem milium ususfructus, fient quidem tua tota decem milia, sed mihi quinque numerari debebunt ita, ut tibi caveam tempore mortis meae aut capitis deminutionis restitutum iri; nam et si fundus tibi legatus fuisset et mihi eiusdem fundi ususfructus, haberes tu quidem totius fundi proprietatem, sed partem

Und Modestinus sagt: wer des Willens sei, dem einen nur die nuda proprietas, dem anderen den ganzen Nießbrauch einer Sache zu vermachen, der müsse jenes ausdrücklich aussprechen; sonst werde der Nießbrauch unter beide sich theilen [27]). Aber darin kann man nur eine Wortstrenge der Auslegung erkennen, die sich nach dem alten Recht der Legate wohl begreift, die aber schon mit der freien Entwickelung des neueren römischen Rechts der Vermächtnisse nicht harmonirt und für die heutige Auslegung vollends nicht bindend erachtet werden kann. Julian hat ein Vindicationslegat vor Augen; denn, wäre per damnationem Einem das Grundstück schlechtweg, dem Seius der Nießbrauch desselben vermacht worden, und unter dem Grundstück das volle Eigenthum zu verstehen, so hätte nach der Regel des Damnationslegates der erste eine Forderung auf das volle Eigenthum, der andere auf den ganzen Nießbrauch gehabt, keiner hätte unmittelbar proprietatem oder usumfructum erworben. Bei dem Vindicationslegate konnte, wenn Mehreren dasselbe Grundstück vermacht war, jeder behaupten, es sei ihm das ganze Grundstück vermacht, mußte sich aber durch die Concurrenz des gleichberechtigten Legatars die Beschränkung auf einen Theil gefallen lassen; so mochte derjenige, dem das Grundstück ohne Beschränkung vermacht

cum usufructu, partem sine usufructu, et non heredi, sed tibi caverem boni viri arbitratu.

27) L. 19. D. de usu et usufr. leg. XXXIII. 2. (Modestin. libro sing. de heuremat.): Si alii fundum, alii usumfructum eiusdem fundi testator legaverit, si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. nam detracto usufructu proprietatem eum legare oportet eo modo: ‚Titio fundum detracto usufructu lego, (vel) Seio eiusdem fundi usumfructum heres dato‘. quod nisi fecerit, ususfructus inter eos communicabitur, quod interdum plus valet scriptura, quam peractum (quam quod actum?) sit.

war, gegenüber demjenigen, dem der Nießbrauch daran vermacht war, einfach das Eigenthum vindiciren, mußte sich aber im Nießbrauch durch die Concurrenz des Nießbrauch-Legatars beschränken lassen. Betrachtet man den Nießbrauch gleichsam als pars dominii, so war nur der Fall, wenn ausdrücklich dem einen die nuda proprietas, dem anderen der Usufructus vermacht war, dem Fall zu vergleichen, wenn zweien dieselbe Sache ausdrücklich zu gleichen oder ungleichen Theilen per vindicationem vermacht war, der Fall der L. 6. pr. cit. aber vergleichbar dem Falle, wenn einem ein Theil, einem anderen aber das ganze Grundstück vermacht war. Auch Modestinus muß a. a. O. ein Vindicationslegat im Sinn gehabt haben. Zwar erscheint in dem in L. 19. cit. angeführten Beispiel das Legat des Usufructus als Damnationslegat „usumfructum heres dato“. Aber diese Stelle ist ohne Zweifel durch Interpolation verderbt worden. Das handschriftliche vel paßt nicht in den Zusammenhang; wird es aber nach P. Faber einfach gestrichen, wie es auch Schneider S. 297. ohneweiters ausläßt, so stellt sich das Beispiel nach dem zu Modestin's Zeit geltenden Recht als unpassend heraus. Sicher zwar war hier, daß dem Titius nur nuda proprietas zukam, dem Seius der ganze Usufructus; aber wenn der Zusatz „detracto usufructu“ auch fehlte, konnte doch nicht richtig gesagt werden: „ususfructus inter eos communicabitur“; vielmehr erwarb dann Titius ipso iure das volle Eigenthum, dem Seius aber hatte der Erbe nichts desto weniger den ganzen Usufructus oder dessen Aestimatio zu prästiren, so gewiß als er, wenn beiden disiunctim die ganze Sache per damnationem vermacht war, jedem das volle Eigenthum, beziehungsweise dessen Werth zu geben verpflichtet war. Vermuthlich hatte Modestinus diese Verschiedenheit der Legatsformen berücksichtigt und mag der Satz

„vel *Seio eiusdem fundi usumfructum heres dato*“ daherrühren; die Compilatoren aber haben in Rücksicht auf das Justinianische Recht auch diese Stelle abgeändert. Ob etwa Modestinus auch angedeutet hatte, wie es sich verhalte, wenn auch dem Titius das Eigenthum ohne jenen Zusatz, wie dem Seius der Ususfructus, per damnationem legirt war, muß dahin gestellt bleiben; daß er aber hier dem Titius nur pro parte die Forderung auf volles Eigenthum, dem Seius nur pro parte die auf den Nießbrauch zugesprochen habe, kann höchstens in dem Falle mit einiger Wahrscheinlichkeit vermuthet werden, wenn in einem Satze dem Titius das Eigenthum, dem Seius der Nießbrauch per damnationem vermacht war, wofern man nehmlich daran festhält, daß das Vermächtniß der Sache zugleich das Vermächtniß des Nießbrauchs in sich schließe, rücksichtlich des Nießbrauchs also der Fall zu beurtheilen sei nach Analogie des Falles, wenn zweien coniunctim das Eigenthum oder der Nießbrauch einer Sache per damnationem vermacht war [28]), obgleich nach ungezwungener Auslegung gerade in diesem Fall am nächsten lag, als Willen des Testators anzunehmen, daß der eine nur die Proprietät, der andere den ganzen Nießbrauch bekommen solle.

Mag nun auch als ausgemacht anzusehen sein, daß bei dem Vindicationslegat nach classischem Recht die fragliche strenge Interpretationsregel befolgt wurde, so muß doch zugegeben werden, daß diese nach der vollen Entwickelung des Rechts der Fideicommisse und der späteren Verschmelzung der verschiedenen Arten der Vermächtnisse sehr verwunderlich erscheint, wenn erwogen wird, wie frei in der Auslegung letztwilliger Verfügungen sonst die quaestio voluntatis behandelt wurde, und wie frei man sich be-

28) Vgl. den Comment. Th. 46. S. 450. fg.

wegte, wo es in Frage stand, ob und wie weit ein Vermächtniß durch eine spätere Verfügung zurückgenommen oder geändert sei [29]). So glaubt man sich berechtigt, den Compilatoren einen Vorwurf daraus zu machen, daß sie die Stelle des Modestinus nicht lieber ganz beseitigt haben, anstatt sie, wie wahrscheinlich ist, durch Interpolation zu corrumpiren und so eine immerhin anstößige Norm in ihr Rechtsbuch aufzunehmen. Daß dieser durch L. 23. pr. Cod. de legatis. VI. 37. vom Jahr 530. n. Chr., worauf sich Francke beruft, derogirt sei, läßt sich freilich nicht behaupten, schon darum nicht, weil diese Constitution nur den Fall betrifft, wenn zuerst Einem ein Ganzes, dann einem Anderen ein Theil desselben vermacht ist, die fragliche Regel aber eben so anwendbar war, wenn zuerst dem einen der Nießbrauch, dann dem anderen das Eigenthum vermacht war [30]). Mit besserem Grund läßt sich wohl die Ansicht vertheidigen, daß nach der überwiegenden Bedeutung, welche Justinian bei der Verschmelzung der Vermächtnißarten dem Recht der Fideicommisse, bei denen vor allem die voluntas defuncti zu beachten war [31]), beigelegt hat [32]), es dem Geiste der Justinianischen Gesetzgebung widerstreite, noch an dem Ausspruch Modestin's festzuhalten, wenn im einzelnen Falle wirklich als Wille des Erblassers erkannt wird, daß dem einen Legatar nur Eigenthum ohne Nießbrauch vermacht sein solle; doch kann man dagegen immerhin einwenden, daß jene Verschmelzung

29) Dig. de adimendis vel transferendis legatis vel fideicomm. XXXIV. 4.

30) Vgl. den Comment. Th. 46. S. 517. fg. Schneider a. a. O. S. 300.

31) L. 127. D. de legat. I.

32) L. 2. Cod. de legat. VI. 37. §. 3. J. de legat. II. 20. Vgl. den Comment. Th. 46. S. 72—75.

der Vermächtnisse schon vor der Publication der Digesten vollzogen war, und in diesen doch noch der nackte Satz sich findet: plus valet scriptura quam quod actum est. Unerträglich aber ist es, daß heutzutage die Auslegung durch jene Erklärung Modestin's gebunden sein soll, da nach unserer Auffassung das „Eigenthum" keineswegs so wesentlich als den Nießbrauch in sich schließend zu verstehen ist, daß das Legat des Eigenthums ohne alle Rücksicht auf den aus dem Zusammenhang erkennbaren Willen des Erblassers als den Legatar auch zum Nießbrauch berechtigend zu achten sei [33]). Unmöglich kann sich die heutige praktische Rechtswissenschaft mit dem Satze befreunden, mit welchem Schneider seine Erörterung unter Nr. 4. abschließt: „Steht es fest, daß der Testator dem Einen das hat geben wollen, was das Legat ausdrückt, so kann es nun unmöglich noch seiner Macht anheim gestellt bleiben, die Wirkung, die sich schon begriffsweise an dieses Legat knüpft, zu hemmen; dies aber würde hier geschehen, wenn man in der unbeschränkten Hinterlassung des Eigenthums nicht auch Hinterlassung des Usus fructus anerkennen wollte" u. s. w. Das ist ja gerade fraglich, steht also nicht fest, daß der Testator dem Einen das hat geben wollen, was nach Schneider's Auffassung das Legat ausdrückt; es können sogar für das Gegentheil Beweisgründe vorliegen; wenn aber auch unter dem Vermächtniß der Sache oder des Eigenthums schlechtweg in der Regel das Vermächtniß unbeschränkten Eigenthums zu verstehen ist, wie kann man dem Testator die Macht absprechen, dessen Wirkung durch eine andere Verfügung zu hemmen, ihm, der die Macht hat, sogar jenes Vermächtniß ganz wieder zu vernichten? Von einem Mangel an Macht des Testators kann hier nicht die Rede sein; es fragt sich nur, was er

33) Windscheid a. a. O.

gewollt und als seinen Willen genügend erklärt hat. Wer aber mit Bewußtsein Einem das Eigenthum, einem Anderen schlechthin den Nießbrauch, wohl gar ausdrücklich den ganzen Nießbrauch vermacht, als dessen Wille muß es in der Regel unbefangener Auslegung erscheinen, dem ersten zwar das Eigenthum zu hinterlassen, den Nießbrauch aber vorerst zu Gunsten des anderen zu entziehen.

Immerhin aber kann es auch wohl der Fall sein, daß man den Eigenthumslegatar mit dem Usufructuar im Nießbrauch mit Recht concurriren läßt. So würde z. B. gewiß zu entscheiden sein, wenn die letztwillige Verordnung lautet: „Mein Haus vermache ich dem A und B, dem letzten jedoch nur zum Nießbrauch". Unzweifelhaft vollends ist dies nach L. 4. D. h. t., wenn einem das Eigenthum einer Sache und zugleich noch ausdrücklich mit anderen auch der Nießbrauch vermacht ist [34]). Wo nun solchergestalt einer, dem Eigenthum vermacht ist, mit anderen, denen nur Nießbrauch vermacht ist, im Nießbrauch concurrirt, da kann denn auch, wie in dem Fall unter Nr. 4. von einem Anwachsungsrecht des Eigenthümers die Rede sein. In Beziehung auf diese Fälle ist aber noch L. 5. D. h. t. hervorzuheben, welche als Julian's Meinung anführt und stillschweigend billigt, daß dem Eigenthümer auch, wenn er das Eigenthum deducto usufructu einem Anderen übertrage, jenes Anwachsungsrecht erhalten bleibe [35]). Der durch den Vorbehalt bei der Veräußerung ihm gesicherte Nießbrauch ist nicht als neuer jetzt erst ihm erworbener Nießbrauch zu betrachten, sondern nur als Fortsetzung des Rechts, das ihm durch das Legat erworben war, wenngleich

34) Vgl. oben S. 173. Anm. 17.

35) Vgl. Glück a. a. O. S. 280 fg. Anm. 36. Im Text der L. 4. cit. ist *tradideris* interpolirt für *mancipaveris*; vgl. Vat. fr. §. 47. 80. mit L. 3. §. 1. D. h. t.

es bisher nicht als sog. usus fructus formalis bestand und jetzt erst, da er nicht mehr Eigenthümer ist, diesen Charakter einer wahren Servitut annimmt; so macht sich denn auch nun noch sein Vermächtnißrecht in der Accrescenz gegenüber den Mitvermächtnißnehmern geltend. Wie aber, wenn er die Sache non deducto usufructu veräußert (mancipirt, tradirt) hat? Cuiacius hat die Worte „deducto usufructu" als ein unnützes Glossem verachtet. Mit Recht wird das von Glück a. a. O. getadelt, weil ohne jene Worte der Schlußsatz der L. 5. cit. „nec videri novum tibi acquiri usumfructum" keinen vernünftigen Sinn hätte. Darin aber stimmt Glück doch mit Cuiacius überein, daß auch, wenn der Eigenthümer ohne Vorbehalt des Nießbrauchs die Sache veräußert hätte, dennoch das Accrescenzrecht statt haben würde. Daß aber auch Julian dieser Meinung war, ist wohl zu bezweifeln. Nach Vat. fr. §. 85. betrachtete er den Eigenthümer, der neben Anderen zu einem Theil den Nießbrauch behauptete, in so weit einfach als plenam proprietatem habens. Wenn nun ein solcher ohne Vorbehalt sein Eigenthum veräußerte, so konnte dadurch zwar das Recht seiner Mitnutznießer nicht beeinträchtigt werden; aber sein Eigenthum mußte doch so wie er es hatte, also pro parte cum usufructu auf den neuen Eigenthümer übergehen, dem dann durch den Wegfall jener Mitnutznießer das ganze volle Eigenthum zufiel. Doch könnte man einwenden, der veräußernde Eigenthümer behalte nach Nr. 3. doch noch sein Anwachsungsrecht gegenüber den Collegatarien, obgleich er zu seinem Theil den Nießbrauch durch die Veräußerung an den neuen Eigenthümer verloren habe. Aber kann ihm wohl gestattet werden, daß er nun wieder als zu dem accrescirenden Theil Servitutberechtigter gegen denjenigen auftrete, dem er selbst die Sache ohne Vorbehalt des Nießbrauchs zu Eigenthum übertragen hat?

6) Eine andere Stelle, die sich auch in den Vaticanischen Fragmenten wieder findet (als §. 80), ist L. 3. §. 1. D. h. t. (Ulpian. lib. XVII. ad Sab.):

Unde Celsus libro decimo octavo scribit: si duo fundi domini deducto usufructu proprietatem tradiderint, uter eorum amiserit usumfructum, ad proprietatem redire; sed non ad totam; sed cuiusque usumfructum ei parti accedere, quam ipse tradiderit; ad eam enim partem redire debet, a qua initio divisus est [36]).

Die Stelle schließt sich unmittelbar an L. 3. pr. D. h. t. oder Vat. fr. §. 78. 79. an, worin erklärt wird, daß, wenn zwei zu Erben eingesetzt sind und einem Dritten das Eigenthum deducto usufructu vermacht ist, unter den Erben, denen der Nießbrauch vorbehalten ist, kein Anwachsungsrecht stattfinde [37]). Mit diesem Fall hat der in L. 3. §. 1. cit. eine gewisse Verwandtschaft. Wie dort durch die letztwillige Anordnung die beiden Erben Nutznießer werden, jeder pro parte sua hereditaria, so werden hier die beiden bisherigen Miteigenthümer Nutznießer, jeder zu dem Theile, zu welchem ihm das Eigenthum zustand. Wenn nun einer der beiden Nutznießer wegfällt, so gereicht das nicht dem anderen zum Vortheil, sondern dem Eigenthümer; es besteht kein Anwachsungsrecht unter jenen. Daß in L. 3. §. 1. noch besonders betont wird, daß der von Einem verlorene Nießbrauch nur dem von demselben veräußerten Eigenthumsantheil zufalle, war wichtig, wenn etwa jeder Miteigenthümer einem Andern sein Eigenthum mit Vorbehalt des Nießbrauchs veräußert hatte. Die

36) Vat. fr. §. 80. weicht von diesem Texte darin ab, daß wir statt *tradiderint*, *tradiderit* lesen *mancipaverint*, *mancipaverit*.

37) Vgl. Glück a. a. O. S. 267., oben S. 103.

mancipatio deducto usufructu konnte ohne Zweifel nur gesondert von jedem Miteigenthümer, nicht von beiden in einem Act geschehen, wenn sie auch beide demselben Dritten die Sache mancipiren wollten. Die Tradition mit solchem Vorbehalt kann aber unbedenklich auch in einem gemeinschaftlichen Act geschehen, und dabei kann denn auch der Nebenvertrag unbedenklich darauf gerichtet werden, daß den beiden Tradenten gemeinschaftlich der Nießbrauch vorbehalten sein solle, dergestalt, daß dieser nach dem Tode des einen ganz dem überlebenden verbleibe. Die Gültigkeit eines solchen Vertrages ist wohl nicht zu bestreiten; man braucht ihn nur so aufzufassen, daß der neue Eigenthümer, indem er das Eigenthum deducto usufructu durch Tradition der beiden Miteigenthümer erwirbt, zugleich jedem derselben von der Zeit des Wegfallens des einen von ihnen auch zu dessen Theil den Nießbrauch einräumt. Dasselbe kann in gleicher Weise auch bei direkter Bestellung des Nießbrauchs durch Vertrag an mehrere Personen erzielt werden. Aber es ist dazu überall klare Vertragsbestimmung erforderlich [38]).

Uebrigens enthält Vat. fr. §. 80. noch folgenden Zusatz:

Plane, inquit, si partem ususfructus habe*as*, et ego totam proprietatem cum partis usufructu, non possum (*posse me*) eam partem tibi mancipare, quae est sine usufructu, quoniam nullam partem habeo, in qua non est tibi ususfructus.

38) Hiernach ist die Bemerkung, mit welcher Glück a. a. O. S. 308. den Titel de usufructu accrescendo abschließt, zu modificiren. Nur wenn man, wie Glück Th. 9. S. 64. an der jetzt von den Meisten aufgegebenen Ansicht festhält, daß zur Bestellung des Nießbrauchs durch Vertrag noch quasitraditio erforderlich sei, kann man obige Sätze bestreiten.

Mit Recht haben die Compilatoren diesen Zusatz in L. 3. §. 1. cit. ausgelassen. Bei der Formlosigkeit der Tradition und der neueren Bestellung des Nießbrauchs ist wohl möglich, was Celsus bei der förmlichen Mancipatio beanstandete: daß nehmlich der Eigenthümer demjenigen, dem zum Theil der Nießbrauch zusteht, zu eben demselben Theil auch das Eigenthum überträgt, so daß nun beiden das volle Eigenthum als Miteigenthümern zusteht nach demselben Verhältniß, wie bisher der Nießbrauch unter ihnen getheilt war. Es würde für das Justinianische Recht einen unpraktischen Satz leerer Subtilität ergeben haben, wenn die Compilatoren auch diese Bemerkung des Celsus, nur *tradere* für *mancipare* interpolirend, aufgenommen hätten.

7) Besonders bemerkenswerth ist noch L. 8. D. h. t. in Vergleichung mit Vat. fr. §. 86. 87. 88. Es gibt keine Stelle der Digesten, welche erweislich in dem Maße durch Interpolationen zugerichtet ist, wie die L. 8. cit., mit der Ueberschrift: „Ulpianus libro decimo septimo ad Sabinum“. Sie betrifft den Fall, wenn der Mutter mit ihren Kindern („matri cum liberis suis“) oder nach Vat. fr. §. 86. der Gattin mit den Kindern („uxori cum liberis“) der Nießbrauch vermacht ist. Nach den Vat. fr. l. c. hat nun Ulpian unterschieden, ob das Vermächtniß ein Vindications- oder ein Damnationslegat war, und dabei in Frage gestellt, ob die Kinder auch als Legatarien zu betrachten oder jenes Vermächtniß so auszulegen sei, daß der Gattin allein der Nießbrauch vermacht sein, diese aber denselben in Gemeinschaft mit den Kindern ausüben solle. War das Legat ein Vindicationslegat, so behalte, sagt er, die Gattin, wie Sabinus bemerke, nach dem Tode der Kinder jedenfalls den ganzen Nießbrauch, man möge die Kinder als Collegatarien der Gattin ansehen oder nicht; nach dem Tode der Mutter aber falle

den Kindern nur, wenn sie Legatare waren, der ganze Nießbrauch zu iure accrescendi; wenn sie Erben und als solche Eigenthümer des Nießbrauchgegenstandes seien, iure dominii, sonst dem jetzigen Eigenthümer [39]).

Wenn aber, so fährt Ulpian fort, der Mutter per damnationem der Nießbrauch vermacht ist, so ist dieser, wofern auch die Kinder Legatarien sind, zwischen ihnen und der Mutter von Anfang an getheilt und versteht sich dann von selbst, daß von Anwachsungsrecht keine Rede sein kann; im anderen Fall aber ist die Mutter allein Vermächtnißnehmerin des ganzen Nießbrauchs und das Sterben der Kinder ändert nichts in ihrem Recht [40]). Dabei erwähnt denn Ulpian der Ansicht Julian's, daß der Testator, der nur die Kinder zu Erben einsetzt, bei jenem Vermächt-

39) Vat. fr. §. 86. Novissime, quod ait Sabinus, si uxori cum liberis ususfructus legetur, amissis liberis eam habere, quale sit, videndum. Et si quidem ‚do lego' legetur, tametsi quis filios legatarios acceperit, sine dubio locum habebit propter ius adcrescendi; sed si legatarii non fuerunt, multo magis, quoniam partem ei non fecerunt, tametsi cum ea uterentur. Matre autem mortua, si quidem legatarii fuerunt, soli habebunt iure adcrescendi; si heredes, non iure adcrescendi, sed iure dominii, si fundus eorum est, ipsis adcrescit. sed si nec heredes fuerunt, nec legatarii, nihil habebunt.

40) Vat. fr. §. 86. in fine oder §. 87. initio: Quodsi per damnationem fuerit ususfructus legatus matri, siquidem legatarii sunt filii, partes sunt (Mommsen: partes su*mu*nt, Huschke: partes *factae* sunt); si non sunt, sola mater legataria est, n*e*c mortalitas liberorum partem ei facit. Huschke liest hier „partem ei*us* facit", übersetzt also vermuthlich: „und das Sterben der Kinder macht nicht ihr einen Theil zu eigen" (iure accrescendi), da sie ohnehin allein den ganzen Ususfructus hat.

niß diese nicht als Collegatarien der Mutter betrachtet wissen, sondern nur andeuten wolle, die Mutter solle den Nießbrauch in Gemeinschaft mit den Kindern ausüben; sonst würde bei dem Damnationsrecht ein Anwachsungsrecht nicht statthaben [41]. Gerade beim Damnationslegat scheint Julian jene Willensauslegung treffend gefunden zu haben, weil dabei kein Anwachsungsrecht stattfand, also die Mutter, wenn die Kinder als Legatarien angesehen wurden, nur einen Theil des Nießbrauchs erhielt und, wenn die Kinder vor ihr starben, deren Theil an das Eigenthum zurückfiel. Bei dem do lego legatum galt zwar ius accrescendi, aber, so bemerkte Julian, wenn hier auch die Kinder Legatarien und die einzigen Erben seien, so bestehe unter ihnen doch kein ius accrescendi, weil für jedes der (beiden) Kinder das Legat nur bestehe, soweit es auf dem Erbtheil des anderen laste, im Nießbrauch also sie nicht miteinander, beide aber je nach Maßgabe des Erbtheils des anderen mit der Mutter concurriren, und nur rücksichtlich dieses Theils beim Wegfall der Mutter ein Anwachsungsrecht haben, der Mutter allein beim Wegfall des einen oder anderen der Kinder ein solches zustehe [42].

41) Vat. fr. §. 87. Sabinus certe verbis istis non ostendit, utrum legatarii fuerint necne. sed Julianus lib. XXXV. Dig., relata Sabini scriptura, ait, intelligendum eum, qui solos liberos heredes scribit, non ut legatariorum fecisse mentionem, sed ut ostenderet magis, matrem ita se velle frui, ut liberos secum habeat; alioquin, inquit, in damnatione non permittebat ius adcrescendi.

42) Vat. fr. l. c. Proposuit autem Julianus vel ‚do lego‘ legatum usumfructum vel per damnationem, et sic sensit, *quamvis* legatarii sint et heredes soli, in ‚do lego‘ legato non esse ius adcrescendi, *perinde atque* si alteri ab altero legetur (quoniam a semet ipsis

Was dagegen das Damnationslegat jenes Inhalts betrifft, so hat Julian noch zur Bestärkung seiner Auslegung eine bei Pomponius gefundene Entscheidung angeführt, wornach jenes nur als ein Legat der Mutter angesehen werde, den Nießbrauch in Gemeinschaft mit den Kindern gewährend, und die letzten nach dem Tode der Mutter nicht als Legatarien, sondern als Erben den Fruchtgenuß erhalten, wozu aber Pomponius noch die Bemerkung macht, daß, wenn mit den Kindern auch fremde Personen zu Erben eingesetzt seien, die ersten auch Legatarien des Nießbrauchs seien und ein Anwachsungsrecht überall nicht statthabe, nach der vom Damnationslegate geltenden Regel [43]).

inutiliter legatum est), sibi non concurrunt, matri vero non in totum concurrunt, sed alter pro alterius portione; et in eo dumtaxat ius adcrescendi erit; mater tamen adversus utrumque ius adcrescendi habet. — *quamvis* ist Ergänzung von Mommsen, *perinde* a*t*que von Huschke (iurisprud. anteiust. ed. 3. pag. 706). Uebrigens vgl. dazu den Comment. Th. 47. S. 110. Anm. 92. 94. S. 127. fg. Buchholtz Lehre v. den Praelegaten S. 419. fg.

43) Vat. fr. §. 88. Julianus subiicit, Sextum quoque (et) Pomponium praeferre, si per damnationem ususfructus cum liberis uxori legetur, (*legatum*) singulare hoc esse, atque ideo filii personam matri accedere, nec esse legatarios, sed matre mortua liberos quasi heredes usumfructum habituros. Ego, inquit Pomponius, quaero, quid, si mixti fuerint liberis extranei heredes? (*Et*) ait, et filios pro legatariis habendos, et mortui partem interituram: Aristonem adnotare, haec vera esse. et sunt vera. — Das et nach quoque scheint überflüssig; Huschke versetzt es vor si per damn.; statt praeferre (p̃ferre) liest Mommsen referre, Huschke *responsum* referre (ursprünglich geschrieben: Rreferre); *legatum* supplirt Huschke.

Aus diesen Stellen nun haben die Compilatoren die L. 8. D. h. t. geschmiedet, also lautend:

Si mulieri cum liberis suis ususfructus legetur, amissis liberis ea usumfructum habet, sed et matre mortua liberi eius nihilominus usumfructum habent iure adcrescendi. Nam et Julianus libro trigesimo (quinto) Digestorum ait, idem intelligendum in eo, qui solos liberos heredes scripserit, licet non ut legatarios eos nominaverit, sed ut ostenderet magis velle se matrem ita frui, ut liberos secum habeat fruentes. Sed et Pomponius quaerit: quid, si mixti fuerint liberi et extranei heredes? et ait filios legatarios esse intelligendos, et per contrarium, si voluit eos liberos simul cum matre frui, debere dici matrem legatariam esse intelligendam et per omnia similem esse et in hoc casu iuris eventum.

Jede Erwähnung des alten Unterschiedes zwischen Vindications- und Damnationslegat ist hier vermieden. Dagegen wird schlechthin an die Spitze gestellt der Satz, daß die Kinder als Collegatarien anzusehen seien, übereinstimmend mit L. 7. D. h. t., wornach es gleichbedeutend zu halten ist, ob der Testator sagte: illi *cum* Maevio oder illi *et* Maevio, also auch ob matri *cum* liberis oder matri *et* liberis. Dann aber wird Julian's Meinung angeführt, als ob sie damit übereinstimme und so eigentlich in ihr Gegentheil verdreht und ebenfalls auch das Allegat aus Pomponius willkürlich zugestutzt, so daß das ganze Fragment, abgesehen von dem klaren ersten Satze, ein räthselhaftes Produkt geworden ist [44]).

44) Vgl. Leliévre diss. cit. pag. 75–85. Heimsoeth l. c. pag. 47–50.

# Ausführliche Erläuterung

der

# Pandecten

nach Hellfeld

## ein Commentar

begründet von

D. Christian Friedrich von Glück

fortgesetzt von

D. Christian Friedrich Mühlenbruch und D. Eduard Fein

und nach deren Tode

von

D. Karl Ludwig Arndts v. Arnesberg,

K. K. Hofrathe, weiland ordentlichem Lehrer der Rechte an der Universität Wien, Mitgliede des österreichischen Herrenhauses und der kais. Akademie der Wissenschaften, Comthur des St. Gregorius- und des Franz-Josephs-Ordens, Ritter des österreichisch kaiserlichen Leopoldordens und des königl. bayer Michaelsordens I. Klasse.

---

Acht und vierzigsten Theils zweite Lieferung.

Erlangen,
Verlag von Palm & Enke.
(Adolph Enke.)
1878.

Druck der Universitäts-Buchdruckerei von E. Th. Jacob in Erlangen.

# Vorwort.

Am 1. März 1878 ist v. Arndts der Wissenschaft durch den Tod entrissen worden. Auch dieses Unternehmen wird davon in schwerer Weise betroffen. Hat auch der Verewigte in den letzten Jahren in Folge seiner Kränklichkeit diese Arbeit nur langsam und mit großen Unterbrechungen fortführen können, so verläugnen doch selbst die letzten Theile derselben — dies ist allgemein und von den competentesten Beurtheilern anerkannt — nirgends seine Meisterschaft.

Im Berichte der k. k. Akademie der Wissenschaften in Wien, deren Mitglied der Verstorbene war, sagt der Berichterstatter: „In der Fortsetzung des Commentars hat Arndts ein Denkmal sich gesetzt, das bestehen und den Meister loben dürfte, so lange die Welt den Rechtsbüchern Roms Beachtung schenken wird."

Um so mehr glaubte sich die unterzeichnete Buchhandlung verpflichtet, ein Stück Fortsetzung, das im Nachlasse des Verstorbenen gefunden wurde, dem Publikum nicht vorzuenthalten. Das Manuscript erschien in allem Wesentlichen als druckfertig. Was noch an letzter Feile fehlte, war durchaus nur solcher Art, wie es selbst noch während der Drucklegung nachgeholt werden kann. Hie und da war ein Citat richtig zu stellen oder nachzutragen, waren Rückver-

weisungen auszufüllen, stylistische Unebenheiten zu beseitigen. Daß dies eine würdige Drucklegung des posthumen Heftes nicht gehindert hat, verdanken wir der Güte der Herren Professoren A. v. Brinz in München und F. Hofmann in Wien.

Unser Bestreben wird nun darauf gerichtet sein, die „Lehre von den Vermächtnissen" einem würdigen Abschlusse aus competenter Feder in thunlichster Bälde entgegenzuführen, und auch mit der serienweise begonnenen weiteren Fortsetzung der Glück'schen Pandecten so bald als möglich fortzufahren.

Erlangen, Juli 1878.

**Die Verlagsbuchhandlung.**

## §. 1525.

### Erwerb der Vermächtnisse.

Zur Lehre vom Vermächtniß-Erwerb ist vor allem erforderlich, einen Moment in's Auge zu fassen, den die römische Rechtssprache bezeichnete durch den Ausdruck: dies legati vel fideicommissi cedit. Es bezieht sich darauf ein eigener Titel der Digesten [1]); dem Commentar zu diesem Titel ist daher die ausführliche Erörterung darüber vorzubehalten.

Unumgänglich aber ist es, schon an diesem Ort zunächst die Bedeutung jenes Momentes klar zu stellen und die betreffenden Hauptsätze vorzulegen, da ohnedies die Lehre vom Erwerb der Vermächtnisse nicht zu verstehen ist, und sich daran erhebliche Mißverständnisse angeknüpft haben [2]). Die in der Ueberschrift des angeführten Digestentitels liegende Frage wird regelmäßig beantwortet durch den Satz:

Dies legatorum vel fideicommissorum a morte defuncti cedit.

Diese Regel fand sich in dem alten Recht der Legate. Sie wurde dann zwar durch die fatale lex Papia Poppaea

1) Dig. Quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat. XXXVI. 2. Vgl. Cod. Quando dies legati vel fideicommissi cedit. VI. 53. Hellfeld §. 1595.

2) Hellfeld beginnt seinen §. 1525. mit dem Satze: „Acquiritur autem legatum, si pure relictum est, statim a momento mortis testatoris ignoranti etiam legatario . . . ita . . ut dominium rei testatoris propriae pure legatae statim a momento mortis legatario acquiratur". Es wird sich zeigen, daß dieser von Vielen gelehrte Satz wesentlicher Berichtigung bedarf.

verdrängt, als welche an die Stelle der Todeszeit des Erblassers den Zeitpunkt der gesetzlich vorgeschriebenen solennen Testamentseröffnung setzte, daher nun dies legatorum ex apertis tabulis cedebat [3]) und dies fand denn auch auf Fideicommisse Anwendung, nachdem diese als zwangsrechtlich wirksame Vermächtnisse anerkannt worden, wobei die Gesetzgebung jedoch Bedacht nahm, daß die durch das Papische Gesetz eingeführten Beschränkungen letztwilliger Verfügungen nicht gerade durch Fideicommisse umgangen und vereitelt werden könnten [4]); bezüglich der Intestatfideicommisse, bei denen von Testamentseröffnung nicht die Rede war [5]), mußte der alte Zeitpunkt gelten. Justinian aber hat durch sein berühmtes Gesetz de caducis tollendis (§. 1. 5.) das alte Recht der Legate in diesem Punkte ganz allgemein wiederhergestellt und verordnet: legatorum vel fideicommissorum (pure vel in diem certam relictorum) diem a morte testatoris (defuncti) cedere [6]). Die Regel beschränkt sich jedoch, wie die in Parenthese eingeschlossenen Worte der L. un. §. 1. 5 cit.

3) Ulpiani Fragm. XXIV. 31. L. un. §. 1. Cod. de cad. VI. 51. Vgl. Heinecc. ad leg. Juliam et Pap. Poppaeam lib. III. cap. II. (ed. nov. Lipsiae 1778. pag. 288. sqq.).

4) Gai. II. 285—288. L. un. cit. §. 1. 5.

5) Vgl. L. 6. Cod. h. t. VI. 53.

6) Doch haben sich in den Digesten noch einzelne Spuren der Bestimmung der lex Papia Poppaea über diesen Punkt erhalten: L. 31. D. de cond. et dem. XXXV. 1. (African.), L. 104. D. eod. L. 44. D. de m. c. donat. XXXIX. 6. (Paul.). Dagegen spricht eine dem Ulpian zugeschriebene Stelle, L. 5. §. 1. D. h. t. XXXVI. 2., schon genau die Regel des Justinianischen Rechts aus: „si purum legatum sit, ex die mortis dies eius cedit“, vermuthlich zufolge einer in Hinsicht auf die schon entworfene Lex de caducis tollendis vorgenommenen Interpolation, die ohnehin nach dem ungefügigen Zusammenhang von L. 5. pr. und §. 1. cit. wahrscheinlich ist.

andeuten, auf unbedingte Vermächtnisse [7]. Ist das Vermächtniß an eine Bedingung geknüpft, so ist der entscheidende Zeitpunkt der ihrer Erfüllung [8]), es sei denn, daß die Erfüllung der Bedingung schon vor des Erblassers Tode entschieden ist oder gleichzeitig mit demselben sich entscheidet [9]). Vorausgesetzt ist dabei eine wahre gültige Bedingung, kraft welcher nach erfolgtem Tode des Erblassers noch ungewiß ist, ob das Vermächtniß Bestand haben werde [10]). Daß der mit dem Vermächtniß Beschwerte nur unter Bedingung bedacht, daß namentlich der beschwerte Erbe unter Bedingung eingesetzt ist, ändert nicht den dies legati cedens, und so hat es auch keinen Einfluß auf diesen, wenn das Vermächtniß ausdrücklich unter derselben Bedingung hinterlassen ist, an welche die Erbeinsetzung geknüpft ist, da es sich ohnehin von selbst versteht, daß die Wirksamkeit des Vermächtnisses, auch des unbedingten, von der Erbantretung des Eingesetzten abhängt [11]). Daher ist auch für das einem Pupillarsubstituten auferlegte Legat die Todeszeit des Erblassers der entscheidende Zeitpunkt, wenngleich dasselbe ausdrücklich für den Fall, daß der Pupill in der Unmündigkeit versterbe, angeordnet ist [12]). Der wahren

7) So auch Ulpian. l. c. Legatorum, quae pure vel in diem certum relicta sunt, dies cedit antiquo quidem iure ex mortis testatoris tempore, per legem autem Papiam Poppaeam ex apertis tabulis testamenti.

8) Ulp. l. c. „eorum vero, quae sub conditione relicta sunt, cum conditio extiterit“ (dies cedit). L. 5. §. 2. D. h. t. XXXVI. 2.

9) L. 2. 10. 11. 91. D. de cond. et dem. XXXV. 1. L. 1. §. 1. 2. L. 2. D. de reg. Cat. XXXIV. 7. vgl. Arndts Gesammelte civilistische Schriften II. S. 487 fg.

10) L. 5. §. 3. 4. L. 7. §. 5. L. 22. §. 1. D. h. t. L. 79. pr. L. 107. D. de cond. et dem. XXXV. 1.

11) L. 107. cit. L. 7. §. 1. 3. L. 21. §. 1. D. h. t. L. 19. §. 2. eod.

12) L. 1. 7. §. 5. D. h. t.

Bedingung gleich aber wirkt auch eine dem Vermächtniß beigefügte Zeitbestimmung, sofern sie von der Art ist, daß sie noch zur Zeit des Todes des Erblassers den Bestand des Vermächtnisses ungewiß macht, also ein bedingendes Moment in sich schließt (dies incertus)[13]. Dagegen wenn dies nicht der Fall ist, die Nebenbestimmung lediglich eine Befristung des Vermächtnisses bezweckt (in diem certum), so tritt die Regel ein: diem legati a morte defuncti cedere[14].

Was ist nun die Bedeutung des dies legati vel fideicommissi cedens?

Wichtig vor allem ist dieser Zeitpunkt darum, weil der Bestand des Vermächtnisses schlechterdings davon abhängt, daß die damit bedachte Person denselben erlebe. Als dieser bestimmten Person letztwillig zugedachte Begünstigung fällt das Vermächtniß zusammen, wenn jene zur Zeit, da dieser Wille sich verwirklichen soll, nicht mehr da ist. Das Vermächtniß wird jedenfalls nichtig nicht nur, wenn der Bedachte vor dem Tode des Erblassers, sondern auch, falls

13) L. 4. 21. pr. 22. pr. D. h. t. cf. L. 5. Cod. eod. VI. 53. L. 75. 79. pr. §. 1. D. de cond. et dem. XXXV. 1.

14) Ulp. l. c. L. un. §. 1. cit. L. un. §. 1. cit. L. 21. pr. D. L. 5. Cod. citt. — Nur zu erwähnen sind hier noch zwei Ausnahmen von der Regel, die für das heutige Recht keine praktische Bedeutung mehr haben: a) Bei dem einem letztwillig freigelassenen Sclaven hinterlassenen Legate trat der dies legati cedens nicht ante aditam hereditatem ein. L. 7. §. 6. L. 8. D. h. t. L. 91. §. 1. D. de legat. I. L. 86. §. 1. D. de cond. et dem. XXXV. 1. b) Dasselbe galt bezüglich des einem von seinem Herrn einem Dritten vermachten Sclaven zugleich angewiesenen Legats. L. 7. §. 6. cit. L. 17. pr. cod. L. 69. pr. D. de legat. I. L. 13. pr. D. de opt. leg. XXXIII. 5. Vgl. Bd. I. oder Th. 46. S. 437. fg. — Ueber eine andere Ausnahme vgl. unten Anm. 40 fg.

es ein bedingtes ist, wenn er nach dem Erblasser, aber noch vor Erfüllung der Bedingung, gestorben ist[15]). In diesem Zeitpunkte (mortis defuncti oder post mortem existentis conditionis tempore) muß denn der Bedachte auch noch oder wieder fähig sein, mit einem Vermächtniß bedacht zu werden[16]). Die Hauptwirkung aber des Umstandes, daß der Vermächtnißnehmer, vermächtnißfähig, diesen Zeitpunkt erlebt, besteht darin, daß das Vermächtniß nunmehr, auch — wenn der Bedachte mit Tode abgeht, bevor er das ihm Vermachte wirklich und endgültig erworben, ja, bevor er nur einmal Kunde davon erhalten hat — dessen Erben zu Gute kommt, das Vermächtnißrecht auf diese übergeht, sowie es ihrem Erblasser zustand[17]). Zwar ist die Meinung nicht unerhört, dies sei nach altem Recht nur bei dem Vindicationslegat Regel gewesen, und könnte somit nach Justinianischem Recht nur mit Beschränkung auf den Fall, wenn das Eigenthum einer Erbschaftssache oder ein anderes dingliches Recht an solcher, in welcher Form

15) §. 8. J. de legat. II. 20. L. un. §. 3. 7. Cod. de cad. toll. VI. 51. — In einem Rechtsfall, da einer Person eine Sache mit dem Zusatz „für sich und ihre Erben" vermacht, jene aber schon vor dem Erblasser verstorben war, erhob sich die Frage, ob nicht dennoch deren Erben das Vermächtniß fordern könnten. Sie wurde verneinend entschieden: mit Recht, sofern eben nur der Vorverstorbene mit dem Vermächtnisse bedacht war, nicht etwa den Umständen nach die Willensauslegung gerechtfertigt erschien, daß jenem dessen Erben im Vermächtniß substituirt sein sollten. Voet ad Pand. XXXVI. 2. §. 1. a. E. vgl. Bd. I. (Th. 46.) S. 391. fg.

16) L. 59. §. 4. D. de hered. instit. XXVIII. 5. vgl. Bd. I. (Th. 46.) S. 377. Anm. 7.

17) L. 5. pr. D. h. t. L. 3. 6. Cod. h. t. cf. L. 16. §. 1. D. qui test. fac. XXVIII. 1. L. 77. §. 3. D. de legat. II. L. 24. pr. D. de O. et A. XLIV. 7.

immerhin, vermacht sei, als Regel behauptet werden [18]). Diese Meinung ist namentlich von Heineccius vertheidigt worden [19]). In Folge des Damnationslegates, sagt er, habe der Legatar nur eine persönliche Klage gegen den Erben auf Erfüllung erworben, zur Entstehung dieser Klage sei aber Annahme des Legats von Seiten des Legatars erforderlich gewesen, und so sei denn die Vermächtnißforderung nicht auf dessen Erben übergegangen, wenn er, ohne sich über die Annahme erklärt zu haben, sei es auch erst nach des Testators Tode und nach geschehener Testamentseröffnung, verstorben sei [20]). Er stützt sich dabei auf einen Ausspruch des Paulus: post diem legati cedentem, actio, quae inchoata non est, ad heredem non transmittitur [21]). Vom Vindicationslegat dagegen sage derselbe Paulus (sentt. III. 6. §. 7.): Per vindicationem legatum etsi nondum constituerit legatarius ad se pertinere, atque ita post apertas tabulas ante aditam hereditatem decesserit, ad heredem suum transmittit; durch dasselbe werde apertis tabulis unmittelbar vom Erblasser das dingliche Recht sofort dem Legatar erworben und als erworbenes Recht, wenn er nachher sterbe, ohne weiters auf dessen Erben übertragen. Allein diese Ausführung ist mit Entschiedenheit als verfehlt zurückzuweisen. Die letztangeführte Stelle des Paulus konnte allenfalls wohl, für sich betrachtet, den Gedanken erregen, daß beim Damnationslegate nicht dasselbe gelte,

18) Vgl. Bd. I. (Th. 46.) S. 15 fg. 56 fg.

19) ad leg. Jul. et Pap. Popp. lib. III. cap. VII. S. 317 fg.

20) „petendi ius demum ab agnitione legati nascebatur, nec prius transmittebatur ad heredes".

21) Als entnommen den Sententiae des Paulus (tit. de legatis) ist dieser Satz uns überliefert durch die Consult. vet. Icti VI. §. 9. Vgl. Cuiac. obs. VII. 26. Schulting iurispr. anteiust. ad Pauli sentt. III. 6. §. 3.

was sie vom Vindicationslegat aussagt[22]). Aber verfehlt ist vorerst die Erklärung der vermeintlichen Besonderheit des Vindicationslegats; denn es ist nicht richtig, daß das Eigenthum der per vindicationem legirten Sachen die legati cedente sofort dem Legatar erworben werde[23]). Sodann ist nicht nur nicht erwiesen, daß die Forderung aus dem Damnationslegat nicht ohne erklärte Annahme des Legats von Seiten des Legatars, der post diem legati cedentem gestorben, auf dessen Erben übergegangen sei; vielmehr wird durch mehrere Stellen das Gegentheil unbestreitbar bewiesen. Falsch ist die Voraussetzung, daß aus dem Damnationslegat erst actio nata sei, wenn der Legatar dasselbe angenommen habe. Nach L. 16. §. 1. cit. (Anm. 17) sagte Marcellus vom Wahnsinnigen: „potest sibi adquirere legatum vel fideicommissum", und erklärt dies durch den Zusatz: „nam etiam compotibus mentis personales actiones etiam ignorantibus adquiruntur"; die actio legati aus dem Damnationslegat, wie die persecutio fideicommissi, d. i. das Klagrecht aus dem Vermächtnisse, wird allen Vermächtnißnehmern auch ohne ihr Wissen erworben, also auch dem wahnsinnigen Vermächtnißnehmer, der juristisch ein Unwissender ist[24]). Dasselbe wird bestätigt durch L. 24. pr. cit. [25]),

22) So deutet auch Cuiacius a. a. O., aber nur fragend, an, und eben so zweifelnd ad h. l. „Quia vero hic ait *per vindicationem*, forsitan non idem obtinuit in legato damnationis".

23) Vgl. unten §. 1525. a.

24) Mommsen (Dig. I. p. 816. ad L. 16. §. 1. cit.) schlägt vor, statt der Worte „personales actiones" zu lesen „perinde res actionesque," obgleich durch byzantinische Scholien jene Lesart bestätigt wird (Basil. ed. Heimbach. III. pag. 542).

25) „ex quibus causis ignorantibus nobis actiones adquiruntur, ex iisdem etiam furiosi nomine incipit agi posse . . . . idemque erit, si legetur ei vel fideicommissum ei relinquatur".

und durch L. 77. §. 3. cit., welche allgemein in Beziehung auf Legate, die mit einem Fideicommiß beschwert sind, ausspricht: „nam et ignorantes fideicommisso adstringuntur, quibus ignorantibus emolumentum ex testamento quaeritur". Und was nun so dem Legatar erworben war, das übertrug sich auch auf dessen Erben, wenn es nicht seiner Natur nach unvererblich war. Dies wird denn in L. 6. Cod. cit. in Beziehung auf ein Fideicommiß ausdrücklich anerkannt [26]), was aber beim Fideicommiß in dieser Beziehung Rechtens war, das mußte auch beim Damnationslegate gelten. Und ferner wenn feststeht, daß sogar ein Legat, von welchem der post diem legati cedentem verstorbene Legatar nicht einmal Kunde erhalten hatte, auf dessen Erben überging, so versteht sich von selbst, daß solcher Uebergang nicht erklärte Annahme des Legats von Seiten des Legatars zur Voraussetzung haben konnte. Das wird speciell in Beziehung auf Damnationslegate noch durch Folgendes bestätigt:

In L. 14. pr. §. 1. D. h. t. wird der Fall gesetzt, daß Jemanden usus fructus aut decem, utrum legatarius voluerit, vermacht sei. Die Wahl konnte erst Platz greifen nach Antretung der Erbschaft, weil dies usus fructus legati erst adita hereditate cedit [27]) und für das alternative Vermächtniß der dies cedens erst dann eintritt, wenn er für alle Alternativen entschieden ist [28]). Nun wird gefragt, ob denn, wenn der Legatar nach dem Erblasser vor der Erbantretung sterbe, doch das Legat der Zehn

26) „si fideicommissum ab intestato fuerit sorori tuae relictum, et posteaquam dies fideicommissi cessit, rebus humanis licet ignorans fideicommissum decessit".

27) L. 2. D. h. t. vgl. unten S. 213. fg.

28) L. 16. pr. D. h. t. Vangerow Pand. (7. Aufl.) II. S. 527. fg. Arndts Pand. §. 579. Anm. 4.

dem Erben desselben zukomme? Julian bejahte diese Frage: quia mortuo legatario dies legati cedit; für die decem legata an sich nehmlich galt die Regel: diem a morte testatoris cedere, und durch den Tod des wahlberechtigten Legatars verwandelte sich das alternative Vermächtniß in ein einfaches Vermächtniß von Zehn; dieses aber soll dem Erben des Legatars zukommen, obgleich der letzte, der noch des Wahlrechts harrte, jenes noch nicht angenommen hatte, noch nicht wirksam angenommen haben konnte. Julian unterstützte seine Entscheidung durch Vergleichung mit dem Fall, wenn ein Legat vorläge: „Seiae decem aut si pepererit fundum heres meus dato," also ein Damnationslegat; wenn hier, sagt er, Seja sterbe, bevor sie geboren hat, so transmittire sie auf ihren Erben das Legat von Zehn [29]). Es wird also hier die Transmission eines Damnationslegats angenommen, obgleich das Legat der Zehn von der Legatarin Seja noch nicht agnoscirt sein konnte. So wird auch in L. 7. §. 5. D. h. t. der Uebergang eines Damnationslegates auf den Erben des Legatars behauptet, wenngleich dieser zu einer Zeit gestorben ist, da von einer wirksamen Annahme des Vermächtnisses durch denselben noch nicht die Rede sein konnte [30]).

29) Julian's Argumentation wird von Ulpian, dem Autor der L. 14. cit., ohne Beanstandung referirt, also stillschweigend gebilligt. Vgl. über diese Stelle Giovanni de Gioannis Gianquinto, il diritto di scelta della cosa legata, in Serafini's Archivio giuridico vol. XIV. p. 152—154.

30) Ulpian. lib. XX. ad Sab.): Tractari tamen potest, si impuberi substitutus damnatus sit, si intra pubertatem filius decesserit, Seio centum dare, an vivo pupillo defunctus Seius ad heredem transferat, quasi ea conditio sit expressa, quae inerat. et magis est ad heredem legatarii transire. Das (Damnations-) Legat wird als unbedingtes, dessen dies a morte testatoris cedit, anerkannt,

Gegenüber diesen Beweisen und dazu dem Umstande, daß sonst noch in vielen Stellen ohne Unterscheidung und ohne andere Voraussetzung, als die, daß der Legatar erst post diem legati cedentem gestorben sei, Uebergang der Vermächtnisse auf die Erben anerkannt ist, kann nun auch der durch die consultatio veteris jurisconsulti überlieferte Paulinische Ausspruch kein ernstliches Bedenken erregen gegen die Richtigkeit des Satzes, daß regelmäßig, wenn nur die mit dem Vermächtniß bedachte Person den dies legati cedens, den Tod des Erblassers beim unbedingten, die Erfüllung der Bedingung beim bedingten Vermächtniß, erlebt, im Fall seines nachher erfolgenden Todes sein Vermächtnißrecht auf dessen Erben übergeht, mag er von dem Vermächtniß Kunde erhalten und für dessen Annahme sich erklärt haben oder nicht, nur allein vorausgesetzt, daß er dasselbe nicht wirksam abgelehnt habe. Die Consultatio entbehrt schon darum aller Beweiskraft dagegen, weil der angeführte §. 9. derselben ein aus dem Zusammenhang gerissener einzelner Satz und dessen Auslegung sehr problematisch ist[30a]). In demselben cap. VI. kommen noch andere solche Sätze vor, die so allgemein, wie sie lauten, unmöglich als richtig anerkannt werden können. Nach VI. §. 5. sollte man glauben, daß dem Erben des Erben nicht bezüglich der vom letzten bereits erworbenen Erbschaft die Erbschaftsklage zustehe, wenn nicht dieser sein Erblasser dieselbe schon angestellt und darüber litem contestirt habe[31]); und doch ist es gewiß, daß auch der Erbe

weil sich von selbst versteht, daß es wie die Pupillarsubstitution nur, wenn der Pupill in der Unmündigkeit stirbt, in Wirksamkeit treten werde. Vor dieser Zeit aber kann der Legatar das Legat nicht wirksam annehmen.

30a) Vgl. auch Westphal Vermächtnisse I. §. 734.

31) Petitio hereditatis, cuius defunctus litem non erat contestatus, ad heredem non transmittitur. Dieser Satz

des Erben proprio Marte die hereditatis petitio anstellen kann gegen denjenigen, welcher von der seinem Erblasser erworbenen Erbschaft eines Dritten etwas pro herede oder pro possessore besitzt [32]). Es darf jener §. 5. darum nur cum grano salis verstanden werden, als richtig nur in beschränktem Sinn oder unter besonderen Voraussetzungen [33]). In §. 8. daselbst findet sich ein ebenfalls

findet sich auch in den Handschriften der Sententiae des Paulus, lib. I. tit. XIII. B. §. 4. Schulting iurisprud. anteiust. ad h. t. Huschke l. c. pag. 428. Köppen in d. Jahrb. f. Dogmatik V. S. 185.

32) L. 3. D. de hered. pet. V. 3. „. . sed et si Titio, qui Seio heres extitit, nos heredes facti sumus, sicuti Titii hereditatem nostram esse intendere possumus, ita et Seii". Basil. XLII. 1. cap. 3. „si enim Petro heres extiteris et ego tibi, nihilominus et Petri heres sum" (Heimb. IV. pag. 185.). L. 7. §. 2. D. de a. v. o. hered. XXIX. 2. L. ult. Cod. de hered. instit. VI. 24. („ex antiqua regula, quae voluit, heredem heredis testatoris esse heredem").

33) Huschke a. a. O. not. 7. nimmt an dem Satze des §. 4. cit. keinen Anstoß und erklärt ihn mit den Worten: „Quoniam in rem actio est, quae semper ante litem contestatam ab herede, si is dominus est, substantiam capit", und verweist dabei auf L. 1. §. 21. D. de collat. XXXVII. 6., wo gelehrt wird, daß der Emancipirte den ihm erworbenen Anspruch auf die quarta Divi Pii (quartae actionem) auf seinen Erben übertrage, „quia personalis actio est". Diese Erklärung bedarf wohl noch einiger Erklärung. Zielt sie darauf, daß für den Erben, der eine Erbschaftsache vindicirt, Grund der Klage sein jetziges Eigenthum ist, daher die Intentio derselben lautete: „si paret, eam rem eius (sc. heredis) esse", und so auch die Intentio der Erbschaftsklage, die der Erbe bezüglich einer bereits seinem Erblasser erworbenen Erbschaft anstellte: „hereditatem (z. B. Seii) eius (d. i. des Erben desjenigen, qui Seio heres extitit) esse" (L. 3. D. cit.)? Dann ist zu bemerken, daß ja auch die Intentio der erbschaftlichen

den Sententiae des Paulus zugeschriebener Satz, aus welchem, wenn er unbedingt für richtig zu halten wäre, sich ergäbe, was unmöglich zu glauben ist, daß Paulus dem Erben des Pfandschuldners die actio pigneratitia

Forderungsklage, die der Erbe anstellte, lautete: „si paret, N. Negidium A. Agerio (sc. Seii oder Titii heredi) dare oportere“ (Gai. IV. 34.), als Grund der Klage also auch sein (des Erben) Forderungsrecht erschien, das er, wie im ersten Fall das Eigenthum, als durch die Erbschaft ihm erworben geltend machte. Und wenn der Fall gesetzt wird, daß der Emancipirte durch Erbschaft schon das Eigenthum einer Sache, die zur Zeit ein Dritter besaß, erworben hatte, wird nicht ungeachtet der L. 1. §. 21. cit. zu behaupten sein, daß er dieses conferiren, nach Umständen wenigstens seine Eigenthumsklage den Miterben zu cediren hatte, eben sowohl, wie eine durch Erbschaft ihm erworbene Forderung, beziehungsweise die betreffende personalis actio? Der Unterschied würde nur darauf hinauslaufen, daß statt des erworbenen Forderungsrechts die personalis actio genannt wird, nicht ebenso statt des Eigenthums die rei vindicatio als in rem actio, und so auch kann man sagen: der Erbe überträgt auf seine Erben die ihm erworbene Erbschaft, nicht die noch nicht erhobene hereditatis petitio bezüglich derselben, die jedoch nöthigenfalls anzustellen den Erben überlassen ist. Vgl. übrigens Schulting l. c. not. 8. Cuiac. ad L. 6—8. D. de inoff. test. v. 2. ad L. 1—4. D. de hered. pet. V. 3. ad L. 10. §. 2. D. de vulg. subst. XXVIII. 6. ad L. 1. §. 21. D. de collat. XXXVII. 6. (opp. VII. col. 175. 189. 214. 918. 1271. VIII. col. 94.). Diese erklären die Sentenz des Paulus daraus, daß der Erbe des Erben nur die dem letzten schon erworbene Erbschaft überkomme, also, wenn dieser noch nichts zum Erwerb gethan, auch nicht hereditatis petitio angestellt habe, wegen der demselben deferirten Erbschaft auch nicht hereditatis petitio habe. Aber sie erkennen doch an, daß diese ihm zustehe, wenn sein Erblasser nur irgendwie, adeundo oder pro herede gerendo, die Erbschaft erworben habe; nicht erforderlich sei, daß derselbe auch schon als he-

oder fiduciae wegen rechtswidriger Veräußerung der zu Pfand übergebenen oder pfandweise in's Eigenthum des Gläubigers übertragenen Sache schlechthin abgesprochen habe, falls nicht der Verpfänder selbst schon mit dem schuldigen Gläubiger litem contestirt hatte [34]). Auch dieser Satz kann nur mit Beschränkung und unter Voraussetzungen, die das Excerpt nicht erkennen läßt, von Paulus aufgestellt worden sein [35]). So verhält es sich nun auch mit

reditatem petens litem contestirt habe. Die L. 1. §. 21. cit. aber erklärt sich ohne Schwierigkeit: der Emancipirte muß conferiren, weil ihm durch den Tod des Arrogator die Forderung der quarta Divi Pii vollaus erworben ist; ginge sein Anspruch auf Beerbung des Arrogator ex quarta parte, so wäre ihm zur Zeit noch nichts erworben, was der Collation unterläge, so wenig, wie in dem Falle, wenn ihm zur Zeit des Todes des natürlichen Vaters, zu dessen Beerbung er in Concurrenz mit sui heredes desselben berufen worden, sonst eine Erbschaft zwar deferirt, aber noch nicht erworben war, während kein Zweifel ist, daß er alles in jenem Zeitpunkt durch Erbschaft oder sonstwie schon erworbene Gut zu conferiren hatte. Vgl. Ed. Fein, das Recht der Collation S. 38 fg.

34) Heredibus debitoris adversus creditorem, qui pignora vel fiducias distraxit, nulla actio datur, nisi a testatore inchoata ad eos transmissa sit.

35) Man hat diesen §. 8. für beweisend gehalten, daß die actio fiduciae auf Rückgabe der Sache nicht von den Erben des Verpfänders angestellt werden konnte. G. Chr. Burchardi, Lehrb. des R. R. II. 1. §. 192. Note 12. Dies ist schon darum nicht zuzugeben, weil die Stelle „pignora vel fiducias" nebeneinander nennt, die pignoratitia in personam actio aber zur Zeit des Paulus unzweifelhaft vererblich war, wie regelmäßig alle bonae fidei actiones, und zudem aus Gai. II. 220. hervorgeht, daß namentlich auch die actio fiduciae auf Rückgabe regelmäßig den Erben des Verpfänders sowohl wie diesem selbst zustand. H. Dernburg, das Pfandrecht, I. S. 15. Ueber die Auslegung des §. 8.

unserem §. 9 der consultatio VI. und dessen Auslegung. Den Ausdruck „actio quae inchoata non est“, wie Heineccius, als gleichbedeutend mit „actio quae nata non est“ zu nehmen und in dieser Beziehung der erklärten Annahme des Legats ein Gewicht beizulegen, ist unzulässig. Eigentlich nata im Sinn der L. 1. §. 1. Cod. de annali except. VII. 40. ist die Vermächtnißklage überall erst, wenn dies legati venit, daher ungeachtet erklärter Annahme nicht vor Antretung der Erbschaft (§. 1526.). Soll aber jener Ausdruck auf eine *incipere deberi* deuten, so ist zu bemerken, daß gerade dieses als Folge des dies legati cedens angegeben wird, wobei Annahme des Legats nicht vorausgesetzt wird [36]). Wahrscheinlicher ist es, daß der actio non inchoata gegenüber an die angestellte Klage gedacht ist. So nimmt Huschke an [37]), ist aber weit entfernt davon, darin eine allgemeine Regel zu finden, daß die actio aus dem Damnationslegat nicht anders, als wenn der Legatar sie schon angestellt hatte, auf die Erben desselben übergegangen sei. Vielmehr glaubt er, daß die Stelle vorzüglich gerade ein Vindicationslegat im Auge gehabt habe, aus welchem in Folge des Neronianischen Senatsbeschlusses dem Legatar nach seiner Wahl entweder die rei vindicatio oder die personalis actio ex testamento zugestanden worden ist [38]), und nur sagen wollte, daß die vom Legatar schon angestellte Klage entscheidend für dessen Erben

cit. sind übrigens auch verschiedene Meinungen aufgestellt worden. Cuiac. obss. VII. 26. Schulting ad Pauli sentt. II. 17. §. 12. not. 31. 32. Dernburg a. a. O. Huschke iurispr. anteiust. ad Pauli sent. II. 17. not. 4. (ed. 3. pag. 442.).

36) L. 213. D. de V. S. L. 16.

37) Jurispr. anteiust. ad Pauli sent. III. 6. §. 3. nota 7. (ed. 3. pag. 462).

38) Vgl. oben Bd. I. (Th. 47. des Comment.) S. 39. fg.

sei, wie er das Legat geltend zu machen habe. Und jedenfalls, so bemerkt er, sei nicht zu bezweifeln, daß auch das Damnationslegat wie das Fideicommiß auch dem Unwissenden angefallen und post diem legati cedentem auf die Erben übergegangen sei [39]).

Es ist also als unbestreitbare Regel festzuhalten: das Vermächtnißrecht geht auf die Erben des Vermächtnißnehmers über, falls dieser nur den Tod des Vermächtnißgebers und, wenn das Vermächtniß ein bedingtes ist, auch die erst später eintretende Erfüllung der Bedingung erlebt. Diese Folge des dies legati cedens hauptsächlich ist es, wegen welcher diesem Zeitpunkt großes Gewicht beigelegt wird, im Unterschiede von dem Zeitpunkte, da das Recht aus dem Vermächtniß auch geltend gemacht werden kann, quo dies legati venit, welcher nicht vor Antretung der Erbschaft eintritt und nicht nur durch eine Bedingung, sondern auch durch eine reine Zeitbestimmung (dies certus) noch weiter hinaus geschoben sein kann. Daher wird, wenn das durch das Vermächtniß dem Bedachten zugedachte Recht als an dessen Person gebunden doch nicht auf die Erben übergehen

39) „Ceterum ipsum legatum vel per damnationem sicut fideicommissum etiam ignoranti acquiri ideoque post diem cedentem ad heredem transmitti dubitari non debet“. — Auch der oben als Zweifler angeführte Cuiacius stimmt anderwärts damit überein: ad L. un. §. 1. 5. Cod. de cad. toll. VI. 51. (opp. II. c. 425. IX. c. 880. 889.), ad Cod. h. t. VI. 53. (opp. IX, 908.): in heredem legati vel fideicommissi petitionem ita demum transmitti, si dies eius cesserit ... nec exigi scientiam vel agnitionem legatarii. Legatum non agnitum in heredem transmittitur, si modo dies eius cesserit“. Vgl. Schulting ad Pauli sent. III. 6. §. 3. nota 7. 14. Den Grund des Zweifels, welcher dem Cuiacius argumento a contrario der §. 7. der sententiae l. c. erregt hatte, beseitigt Huschke a. a. O. nota 3. durch die Andeutung, §. 7. sei zu verstehen: Etiam per vind. leg. etc.

kann, der dies cedens nicht vom dies veniens geschieden und nicht vor dessen Eintritt angenommen [40]). Als Grund dafür wird angeführt, daß es sinnlos wäre, bei solchen Vermächtnissen den dies cedens vorzurücken, weil dieselben ja doch in keinem Falle auf die Erben des Legatars übergehen, ob dieser früher oder später sterbe [41]). Dies zeigt einleuchtend, daß eben darin wesentlich die Bedeutung des dies legati cedens gefunden wurde, daß durch den erst post diem cedentem erfolgenden Tod des Legatars der Bestand des Vermächtnisses nicht mehr gefährdet war, dieses vielmehr nun den Erben des Legatars wie ein diesem erworbenes Recht zufiel. Und der rechtfertigende Grund dieses Rechtsatzes ist leicht zu erkennen: Wäre die Aufrechthaltung des Vermächtnisses davon abhängig, daß der Legatar nach des Erblassers Tode auch noch bis zur Antretung der Erbschaft durch den Erben am Leben bleibe, so könnte die

40) L. 2. 5. §. 1. L. 9. D. h. t. L. 1. §. 3. 4. D. quando dies ususfr. leg. VII. 3. Vgl. oben S. 115 fg. Nach altem Recht wurde auch das Wahlrecht bei der optio legata als an die Person des Legatars gebundenes Recht angesehen, und da nun dieses Wahlrecht nicht vor Antretung der Erbschaft ausgeübt werden konnte, L. 16. D. de opt. leg. XXXIII. 5., so konnte auch bei diesem Legat gesagt werden, daß dies eius adita hereditate cedit. Cuiac. obs. VII. 26. (oben Anm. 21. 22.). Bei anderen Wahlvermächtnissen galt diese Beschränkung nicht. L. 19. D. l. c. (Paul. sent. lib. III. L. 12. §. 7. D. h. t. XXXVI. 2. Justinian aber hat jene Eigenthümlichkeit des legatum optionis aufgehoben. §. 23. J. de legat. II. 20. L. 3. pr. Cod. commun. de legat. VI. 43. Arndts Pand. §. 579.

41) L. 2. 3. D. h. t. Si pure sit ususfructus legatus vel usus vel habitatio, neque eorum dies ante aditam hereditatem cedit neque petitio ad heredem transit. idem et si ex die sit ususfructus relictus. — Nam cum ad heredem non transferatur, frustra est, si ante quis diem eius cedere dixerit.

Zögerung des berufenen Erben in Antretung der Erbschaft leicht die gänzliche Vereitelung des Vermächtnißwillens des verstorbenen Erblassers zur Folge haben, obgleich dieser Wille durch den Tod des Erblassers, beziehungsweise durch Erfüllung der Bedingung, von welcher er noch abhängig gemacht war, zu einer vollendeten, nicht mehr widerruflichen Verfügung auf den Todesfall gediehen ist; ja, es wäre dem Erben die Möglichkeit gegeben, durch absichtliche Verzögerung der Erbantretung jene Folge herbeizuziehen und so sich von der zu befürchtenden Vermächtnißlast zu befreien, indem er z. B. das Absterben des schon krank darniederliegenden oder bejahrten oder zur Zeit in lebensgefährlicher Lage befindlichen Vermächtnißnehmers abwartete. Doch ist es ohne Einfluß, aus welchem Grunde immerhin post diem legati cedentem die Erbantretung sich noch verzögern mag, ob durch Nachlässigkeit oder Ueberlegung des berufenen Erben oder auch, weil aus Rechtsgründen die Erbschaft noch nicht angetreten werden kann, und so auch, ob selbst die Berufung zur Erbschaft rechtlich noch unentschieden ist; daher denn des unbedingten Vermächtnisses dies a morte testatoris cedit, auch wenn die Bedingung, unter welcher der Erbe eingesetzt ist, noch schwebt [42]).

„Die legati cedente" erscheint also das Vermächtniß in gewissem Sinn befestigt; es hat an Sicherheit seines Rechtserfolges gewonnen, ist in ein festes Verhältniß zu dem Bedachten gebracht [43]). „Legatarius securus est", sagt Ulpian in L. 7. §. 1. D. h. t. sogar in einem Falle, da die Antretung der Erbschaft durch eine noch schwebende Bedingung der Erbeinsetzung noch gehindert ist, obgleich doch die Wirksamkeit des Vermächtnisses abhängt

42) L. 7. §. 1—5. L. 19. §. 2. L. 21. §. 1. D. h. t. Vgl. oben S. 201. Anm. 11.

43) Windscheid, Pand. §. 642. nach Note 6 im Texte.

von der Erfüllung dieser Bedingung und der alsdann erfolgenden Erbantretung durch den nun unbedingt berufenen eingesetzten Erben [44]). „Certum est debitum iri legatum", heißt es jetzt, jedoch mit der Voraussetzung, daß die Antretung der Erbschaft nachfolge, und treffend sprach Labeo die Regel aus: „id demum legatum ad heredem legatarii transire, quod certum sit debitum iri, si adeatur hereditas" [45]). Es begreift sich hiernach, wie man schon die legati cedente von einem Erwerb des Vermächtnisses reden konnte, von Erwerb des Vermächtnißrechts, wie es durch den vollendeten Willen des Verstorbenen begründet ist. Charakteristisch tritt dies in der Bedeutung hervor, welche dem dies legati cedens beigelegt wurde bei Vermächtnissen, die einer hausunterthänigen Person (persona alieni iuris) hinterlassen waren. Wenn einem Sclaven etwas gültiger Weise vermacht war [46]), so kam es darauf an, ob er die legati cedente bereits freigelassen war, oder, wofern dies nicht der Fall, in wessen Gewalt er in jenem Zeitpunkte sich befand. Im ersteren Fall erwarb er selbst und für sich; im letzteren erwarb das Vermächtnißrecht durch ihn oder an seiner Statt dessen jetziger Herr, gemäß dem allgemeinen Grundsatze, wornach der Sclave eines römischen Bürgers zwar erwerben konnte, aber nicht für sich, sondern nur für seinen Herrn, dem alles, was jener (ob mit oder ohne Beziehung auf diesen, ja selbst etwa als vermeintlich Freier) erwarb, von selbst dem Rechte nach zufiel [47]). Dieses die legati cedente für den dermaligen

44) Vgl. L. 21. §. 1. D. h. t. „neque enim per conditionem heredum fieri incerta legata".

45) L. 22. §. 1. D. h. t. vgl. L. 21. §. 1. eod. „legati diem cedere . . . quoniam certum esset herede existente debitum iri".

46) Vgl. Bd. I. (Comment. Th. 46.) S. 436 fg.

47) Inst. per quas personas nobis adquiritur. II. 9. pr.

Herrn entschiedene Recht auf das Vermächtniß wurde nicht alterirt dadurch, daß der Sclave nachher, sei es auch vor Antretung der Erbschaft, frei wurde oder in die Gewalt eines anderen Herrn, der nicht Erbe des damaligen war, überging[48]); wenn das Legat ein solches war, dessen dies erst adita hereditate cedit, oder ein bedingtes, und der damit bedachte Sclave wurde vor Antretung der Erbschaft oder vor Erfüllung der Bedingung frei oder veräußert, so fiel es ihm selbst zu oder seinem neuen Herrn[49]). Post diem legati cedentem wurde also das Legat schon als etwas durch den Sclaven dem Herrn Erworbenes angesehen. Gaius (II. 87.) spricht von dem Erwerb einer Erbschaft durch einen Gewaltuntergebenen, wozu erforderlich ist, daß dieser auf Befehl des Gewalthabers die Erbschaft antrete, wodurch „hereditas nobis adquiritur, proinde atque si nos ipsi heredes instituti essemus“; dann fährt Gaius fort: „et convenienter scilicet legatum per eos nobis adquiritur“. Dabei ist von einem Thun des Untergebenen auf Befehl nicht die Rede; das „convenienter“ ist zu interpretiren: „proinde atque si nobis ipsis legatum esset“; das „adquiri legatum per eos“ aber ist die legati cedente entschieden[50]). Pomponius in L. 18. D. de R. J. stellt dafür die Regel auf: „Quae legata mortuis nobis

§. 1—4., per quas personas nobis obligatio adquiritur III. 28. cf. Gai. II. §. 86—90. 93. III. §. 163. 166. 167. Ulpiani fragm. XIX. §. 18—20.

48) L. 5. §. 7. D. h. t. XXXVI. 2. Si, cum dies legati cedere inciperet, alieni quis iuris est, deberi his legatum, quorum iuri fuit subiectus, et ideo, si purum legatum fuerit et post diem legati cedentem liber factus est, apud dominum legatum relinquet.

49) L. 5. §. 7. cit. in fine. L. 17. pr. eod. (vgl. oben S. 202. Anm. 14.).

50) Vgl. Inst. l. c. II. 9. §. 3. Ulpian (l. c. §. 19.) drückt

ad heredem nostrum transeunt, eorum commodum per nos his, quorum in potestate sumus, eodem casu adquirimus"; er stellt den Uebergang des Vermächtnisses auf die Erben des Legatars und das Anrecht des Gewalthabers auf dasselbe nebeneinander als eodem casu eintretend, „eodem casu", d. h. wenn die mit dem Vermächtniß bedachte persona alieni iuris den dies legati cedens erlebt und eben in diesem Zeitpunkte in der Gewalt eines Anderen sich befindet. Dann aber wurde selbst das seiner Natur nach an die Person gebundene Recht, falls ein solches den Gegenstand des Vermächtnisses bildete, z. B. ein Usufructus, trotzdem er auf die Erben des Legatars nicht überging, dem Gewalthaber des Legatars erworben; nur war hier der dies legati cedens, den der Bedachte erleben und an dem er alieni iuris sein mußte, damit sein Gewalthaber an seiner Statt das Recht erwerbe, ein anderer, als bei dem Vermächtniß vererblicher Rechte [51]). War der Sclave, dem vermacht worden, die legati cedente im Eigenthum mehrerer Herren, so wurde diesen zusammen das commodum legati erworben, einem jeden nach Verhältniß seines An-

sich so aus: „hereditatem iussu nostro adeuntes nobis adquirunt et legatum ad nos pertinet".

51) L. 7. in f. L. 9. 16. §. 1. 2. D. h. t. vgl. oben S. 214. Anm. 40. Ein Meinungsstreit aber bestand unter den classischen Juristen darüber, ob der durch den Hausunterthänigen dem Gewalthaber erworbene Usufructus für diesen fortdauere, wenn jener nachher versterbe oder auf andere Weise aus der potestas des Letzteren ausscheide, der Sclave namentlich durch Veräußerung in die Gewalt eines anderen Herrn übergegangen oder durch Manumissio ein Freier geworden sei? Justinian hat diese Frage in bejahendem Sinne entschieden durch L. 17. Cod. de usufr. III. 33. (p. Chr. a. 531.) [Vgl. Arndts Civil. Schftn. II. S. 4. N. 27.]

theils am Eigenthum [52]). Gehörte der Sclave, dem vermacht war, die legati cedente zu der Erbschaft eines Verstorbenen, die noch der Antretung harrte [53]), so gehörte nun das Legat zur Erbschaft; so wie der Sclave des Erblassers, der selbst vermacht war, alles, was er nach dem Tode des Herrn vor Antretung der Erbschaft erwarb, zur Erbschaft erwarb, der er bis dahin angehörte [54]), so sagte man in obigem Falle auch: legatum hereditati adquiri. So in L. 55. §. 1. D. de legat. II., einer interessanten Stelle, entnommen aus Gai. lib. XII. ad legem Juliam et Papiam, und richtig nur mit Rücksicht auf die Bestimmungen dieser Gesetze und den nach diesen höchst wichtigen Unterschied zwischen Testamentifactio und Capacitas zu erklären [55]). Der

52) L. 50. pr. D. de legat. I. (Ulpian. lib. XXIV. ad Sab.): Si servus plurium sit, pro dominii portione legatum ei relictum adquiret. Mommsen schlägt vor zu lesen: „domini pro portione legatum ei relictum adquirent"; mir scheint es genügend, für „adquiret" zu bessern „adquirent" (sc. plures), oder besser, zu lesen „pro dominii portione domini ... adquirent".

53) Dieser Fall konnte eintreten, wenn der Herr des Sclaven, dem gültig vermacht war, verstorben und dessen Erbschaft zur Zeit des dies legati cedens noch nicht angetreten war, oder auch wenn dem zur Zeit schon zu der Erbschaft seines verstorbenen Herrn gehörigen Sclaven (servo hereditario) vermacht war und dieser zur Zeit, da dies eius legati cedebat, immer noch in derselben Lage, d. i. hereditarius servus, war. L. 116. §. 3. D. de legat. I.

54) L. 38. D. de legat. II. Quod servus legatus ante aditam hereditatem adquisiit, hereditati adquirit.

55) Vgl. den Comment. Th. 39. S. 158. fg. S. 225. fg. Anm. 25. Th. 46. S. 377. — Aus Unkunde dessen wurde L. 55. §. 1. cit. von der Glosse an unrichtig aufgefaßt. So auch von Cuiacius ad h. l. (opp. VII. col. 1187. sq.). Ganz oberflächlich ist, was Westphal I. §. 56.

Herr eines Sclaven hat einen Erben eingesetzt, der nach dem genannten Doppelgesetze etwas kraft letztwilliger Verfügung zu erwerben gar nicht oder nur zum Theil fähig, ganz incapax, z. B. als coelebs, oder nur zum Theil capax, z. B. als orbus, war (qui vel nihil vel non totum capere potest). Nun hat ein Dritter nach dem Tode des Herrn vor Antretung der Erbschaft desselben (hereditate iacente) jenem Sclaven, der nun hereditarius servus ist, ein Legat hinterlassen. Daß dieses Legat gültig angeordnet sei, darüber hatte Gaius keinen Zweifel; es war gültig, wenn nur, was stillschweigend vorausgesetzt wird, der verstorbene Herr des Sclaven Testamentifactio gehabt hatte[56]). Aber darüber hatte man Bedenken, wie

darüber sagt. Auch die von Mühlenbruch a. a. O. (Anm. 25) gerühmte Erklärung von Zepernick konnte nicht befriedigend ausfallen, weil er nicht an den Unterschied zwischen Capacitas und Testamentifactio gedacht hat, und nur zu verwundern ist, daß Mühlenbruch bemerkt, hier komme nichts darauf an.

56) L. 52. (53.) D. de hered. inst. XXVIII. 5. Servus hereditarius heres institui potest, simodo testamenti factio fuit cum defuncto. War entschieden, daß ein Erbschaftssclave gültig zum Erben eingesetzt werden könne, so konnte nicht zweifelhaft sein, daß einem solchen unter gleicher Voraussetzung auch gültig legirt werde. L. 116. §. 3. D. de legat. I. Cuiacius a. a. O. nimmt an, darüber sei Streit gewesen, ob auch hier die hereditas vice defuncti fungitur, und das sei es, was nach Gaius post multas varietates placuit, daß dem Erbschaftssclaven gültig vermacht werde, wenn nur dessen verstorbener Herr Testamentifactio gehabt habe oder (was ihm dasselbe ist) capax gewesen sei, und eine Hindeutung auf diesen Streit findet Cuiacius in den Worten der L. 82. §. 2. D. de legat. II. „ex illo igitur praecepto, quod dicimus servi inspici personam in testamentis, dictum est servo hereditario legari posse". Es soll auch nicht behauptet werden, daß

es nun bezüglich der Capacitas zu halten sei? sollte bezüglich derselben auf die Person des verstorbenen Herrn des Sclaven gesehen werden? Das ging nicht an. Bezüglich der Capacität war der Zeitpunkt des Anfalls der Erbschaft oder des Vermächtnisses entscheidend, mit der Beschränkung jedoch, daß die dann vorhandene Incapacität möglicher Weise innerhalb einer gewissen Frist noch beseitigt werden konnte. Nun konnte man doch nicht fragen: Ist der Verstorbene jetzt etwa incapax? Coelebs oder Orbus? oder Latinus Junianus? [57]) Sollte also die Incapacität des eingesetzten Erben entscheidend sein für das Legat? wie so? Diese bezog sich doch nur auf den Nachlaß des Testators, der ihn zum Erben eingesetzt hatte; diesen Nachlaß konnte er nicht oder nicht ganz erwerben; wie sollte davon die Wirksamkeit des einem dazu gehörenden Sclaven von einem Dritten hinterlassenen Legats abhängen? Der eingesetzte Erbe konnte sogar, obgleich incapax in Ansehung des Nachlasses seines Testators, capax sein in An-

jener Satz ohne Kampf zur Anerkennung gelangt sei. Aber längst vor Gaius war die Möglichkeit, einen servus hereditarius zum Erben einzusetzen, folglich auch ihm zu legiren, behauptet und Gaius selbst zweifelte nicht daran, unter der Voraussetzung, daß der Erblasser Testamentifactio gehabt hatte. Vgl. mit L. 53. cit. L. 31. §. 1. L. 64. (65.) D. eod. §. 2. J. de hered. instit. II. 14. Nur „tractantibus nobis de capacitate“, sagt er, „videndum est“ etc. So richtig Köppen, die Erbschaft (Jena 1856) S. 45. fg. 54. fg.

57) Mühlenbruch a. a. O. S. 226. äußert, von den von Gaius hier verworfenen Meinungen habe die noch das Meiste für sich gehabt, wornach die Capacitas eben so wie die Testamentifactio aus der Person des Erblassers zu beurtheilen sei. Das möchte ich nicht sagen; mir scheint diese genau erwogen an Absurdität zu grenzen. Vgl. auch Köppen a. a. O. S. 55.

sehung des Nachlasses desjenigen, welcher dem Sclaven vermacht hatte, z. B. als dessen Verwandter, dem durch das Gesetz die solidi capacitas belassen war [58]). Das Richtige war, von der Capacität des Erben sowohl als des Erblassers abzusehen, das dem Erbschaftssclaven hinterlassene Legat aber die legati cedente als einen der Erbschaft durch den Sclaven zugegangenen Vortheil anzusehen, sowie anderartigen Erwerb des Sclaven, oder wie inzwischen erfallene Erzeugnisse und anderen Zuwachs erbschaftlicher Sachen. So sagt denn Gaius a. a. O.: et post multas varietates placet, ut, quia nullus est dominus, in cuius persona de capacitate quaeri possit, sine ullo impedimento adquiratur legatum hereditati, atque ob id omnimodo ad eum pertineat, quicunque postea heres exstiterit, secundum quod accipere potest; reliqua autem pars ad eos, qui iure vocantur, venit. Das Vermächtnißrecht ist in der Erbschaft begriffen, und so fällt es denn demjenigen zu, kann kraft desselben das vermachte Gut derjenige erwerben, welcher später Erbe wird, wer er auch sei; wenn aber der eingesetzte Erbe zur Zeit des Erwerbs der Erbschaft noch pro parte incapax ist, so fällt ihm das Legat auch nur pro parte zu, wie er nur pro parte die Erbschaft erwirbt; der übrige Theil desselben kommt denjenigen zu, welche dem Rechte nach zu dem Theil der Erbschaft, den jener als Incapax nicht erwerben konnte, gelangen [59]).

58) Siehe Klenze in d. Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. VI. S. 68. fg.

59) Bei den Worten „qui iure vocantur“ hat Gaius gewiß nicht die Intestaterben im Auge gehabt, wie sie meistens gedeutet worden sind, z. B. auch von Cuiacius und Westphal a. a. O., sondern diejenigen, welchen der Theil der Erbschaft, den der eingesetzte Erbe als Incapax nicht erwerben konnte, als pars caduca zukam, die heredes oder le-

Auch ein Fragment aus Julian's Digesten spricht vom Erwerb eines Legats für die Erbschaft durch einen Sclaven [60]). Aber der vorliegende Text dieser Stelle ist sehr bedenklich. Sie setzt den Fall, daß ein Erblasser (A) einen Sclaven einem C vermacht, und diesem Sclaven ein anderer Erblasser (B) etwas vermacht habe. Wenn nun, sagt sie, bei Lebzeit des A nach dem Tode des B der dies legati servo dati cedens eintrete, so werde dieses Legat sofort der Erbschaft erworben und könne der Legatar C darauf keinen Anspruch machen, wenn auch A später verstorben sei. Es ist aber sehr auffallend, daß von einem Erwerb durch den Sclaven für die Erbschaft des A gesprochen wird, wenn dieser Erwerb schon bei Lebzeit des Erblassers A entschieden ist: Cuiacius hat darum eine Radicalkur der Stelle vorgeschlagen, nach welcher der Fall sich so gestaltet, daß der Sclave die legati cedente als nunmehr hereditarius servus das Legat der Erbschaft des A erwirbt [61]). Mommsen dagegen will auf leichtere Weise helfen, indem er vorschlägt, das Wort hereditati einfach zu streichen [62]). Was man auch von diesen Emen-

gatarii patres, eventuell das Aerarium, Heinecc. l. c. lib. III. cap. VI. §. III. pag. 310. sq. oder auch etwa einen Substituten des Incapax, Heinecc. l. c. pag. 216.

60) L. 91. §. 6. D. de legat. I. (Julian. lib. XXXVI. Dig.): Si mihi servus a te herede legatus fuerit et eidem servo aliquis legaverit et vivo eo, qui mihi servum legaverat, dies legati servo dati cesserit, confestim id legatum hereditati adquiritur; et ideo, quamvis postea moritur is, qui servum mihi legaverat, ad me id quod servo legatum est non pertinebit.

61) Cuiacii obs. XXV. 40. Statt *et vivo eo* soll man lesen: *et mortuo eo,* und dann: *et ideo*, *quamvis postea adeatur hereditas eius*, *qui* etc. statt: *et ideo quamvis postea moritur is qui* etc.

62) Mommsen Dig. II. pag. 26. Ich gestehe, daß ich einen

dationen der Stelle halten mag: jedenfalls spricht sie energisch aus, daß das einem Sclaven hinterlassene Legat die legati cedente sofort dem jetzigen Herrn desselben oder der Hereditas, quae loco domini est, erworben wird, so daß in obigem Falle der Legatar C keinen Anspruch darauf machen konnte, wenn er später kraft des Legates des A das Eigenthum des Sclaven erworben hat, sei es auch daß das dem Sclaven hinterlassene Legat erst jetzt geltend gemacht werden konnte, z. B. weil es ex die certo gegeben war.

Es lohnt sich wohl der Mühe, hier zur Vergleichung noch eine andere Stelle aus Julian's Digesten herbeizuziehen, die den Fall betrifft, wenn einem Sclaven der Nießbrauch einer Sache vermacht war [63]). Julian legt hier zuerst den Fall vor, daß einem vermachten Sclaven vor Antretung der Erbschaft desjenigen, welcher ihn vermacht hat, von einem anderen Erblasser ein Ususfructus vermacht ist und nun die Erbschaft des letzten früher angetreten wird, als die des ersten Erblassers. Der Regel nach fiel der dies cedens des Nießbrauch-Vermächtnisses, wenn es nehmlich unbedingt und ohne Zeitbestimmung war, mit der Antretung der Erbschaft des Vermächtnißgebers zusammen und wurde in diesem Zeitpunkt zugleich das

Dativ zu adquiritur ungern vermisse. In dem Auszug der Basiliken (XLIV. 1. cap. 87. ed. Heimb. IV. pag. 343). lesen wir τῷ κληρονόμῳ; aber der Tipucitus weicht hier auch sonst vom Text der Digesten erheblich ab, nach Heimbach's Uebersetzung: Et de eo, si servum mihi legaveris et alius eidem legaverit, et legatum ei relictum vivo me cesserit, heredi tuo competit. Doch ist darnach wahrscheinlich, daß die Verfasser der Basiliken einen Text mit dem Dativ hereditati oder heredi vor sich hatten. Mommsen empfiehlt übrigens auch die Streichung der Worte „a te herede“.

63) L. 16. §. 1. 2. D. h. t. XXXVI. 2. (Julian. lib. XXXV. Dig.)

dingliche Recht des Nießbrauchs dem Legatar (bezw. dessen Gewalthaber) erworben. Demnach könnte man meinen, daß in obigem Falle das Legat des Nießbrauchs durch den Sclaven, der die legati cedente noch hereditarius servus war, der Hereditas des Testators, der ihn vermacht hatte, angefallen sei [64]). Aber das Recht des Nießbrauchs konnte der Hereditas durch den Sclaven nicht erworben werden [65]); es mußte erst ein neuer Herr des Sclaven erwartet werden, der statt desselben den Nießbrauch überkam [66]), sei es der Erbe oder ein Legatar, und das entschied sich durch die Antretung der Erbschaft, zu welcher der Sclave gehörte; und diesen Zeitpunkt mußte der Sclave, dem der Nießbrauch vermacht war, erleben, damit das Legat bestehe. Darum, sagt Julian, sei kein Grund vorhanden, in dem vorgelegten Falle den dies cedens des dem Sclaven gegebenen Legates vor die Antretung der Erbschaft, aus welcher der Sclave vermacht war, zu verlegen [67]), und

64) Die Regel, daß der dies des einem vermachten Sclaven gegebenen Legates erst adita hereditate cedit (vgl. oben S. 202. Anm. 14 lit. b.), stand hier nicht entgegen, weil dem Sclaven von einem Anderen vermacht war, als demjenigen, der den Sclaven vermacht hatte.

65) L. 61. §. 1. D. de a. r. dominio XLI. 1. L. 26. D. de stip. serv. XLV. 3.

66) Vgl. L. 1. §. 2. D. quando dies ususfr. VII. 3. Dies autem ususfructus, item usus non prius cedet, quam hereditas adeatur; tunc enim constituitur ususfructus, cum quis iam frui potest. Hac ratione et si servo hereditario ususfructus legetur, Julianus scribit, quamvis cetera legata hereditati adquirantur, in usufructu tamen personam domini exspectari, qui uti et frui possit.

67) „Nulla ratio est, cur diem legati cedere existimemus, antequam ea quoque hereditas, ex qua servus legatus erat, adeatur, cum neque in praesentia ullum emo-

so denn falle der vermachte Nießbrauch demjenigen zu, dem jetzt der Sclave gehöre [68]). Dagegen, so bemerkt Julian weiter in §. 2., wenn der Sclave, dem der Nießbrauch von einem Dritten vermacht war, selbst nicht von seinem Herrn vermacht worden ist, derselbe aber auch die Antretung der Erbschaft seines Herrn, nach der Antretung der Erbschaft des Vermächtnißgebers, erlebt hat, so gehört nun das Vermächtniß des Nießbrauchs zur Erbschaft des Herrn, d. h. der später antretende Erbe desselben erwirbt als solcher den Nießbrauch als etwas zum erbschaftlichen Vermögen gehöriges, obgleich der ruhenden Erbschaft das Recht des Nießbrauchs (nach Anm. 65. oben) noch nicht erworben sein konnte [69]).

lumentum hereditati adquiratur et, si interim servus mortuus fuerit, legatum extinguatur.“

68) „Quare adita hereditate existimandum est, usumfructum ad eum, cuius servus legatus esset, pertinere“. Statt *cuius* haben nach Mommsen Handschriften secundi ordinis die Lesart *cui* (vgl. Schulting-Smallenburg ad h. l.) und diese wird von Köppen a. a. O. als allein zulässige vertheidigt, weil ohne sie kein Gegensatz in §. 2. gegen §. 1. der L. 16. cit. zu finden wäre. Mit Recht jedoch hat Mommsen die florentinische Lesart festgehalten. Die Worte „cuius servus legatus esset“ sind zu verstehen: „dessen der vermachte Sclave adita hereditate sein, d. i. wer dann des Sclaven Herr sein werde“, und das konnte der Legatar sein oder dessen Erbe, wenn jener post diem legati verstorben war, oder auch der Erbe des Vermächtnißgebers, wenn der Legatar ante diem legati cedentem verstorben war oder das Legat abgelehnt wurde. — A. Faber hatte vorgeschlagen zu lesen: *cuius servo*, nicht passend; denn zur Zeit des Legats war ja des Sclaven Herr noch der jetzt verstorbene Erblasser.

69) Der §. 2. lautet: Quodsi servus, cui ususfructus legatus fuerit, ipse legatus non fuerit, dicendum est, usumfructum ad hereditatem pertinere, eo quod dies eius

Was übrigens bisher von den einem Sclaven hinterlassenen Vermächtnissen gesagt worden ist, das fand nach älterem Recht auch Anwendung auf Vermächtnisse, die anderen hausunterthänigen Personen, namentlich Hauskindern, hinterlassen waren. War einem Filiusfamilias vermacht, so kam es wesentlich darauf an, daß dieser den dies legati cedens erlebe. War er in diesem Zeitpunkte sui iuris, so konnte er das Vermachte für sich selbst erwerben. Befand er sich jetzt noch in der väterlichen Gewalt, so war das Vermächtnißrecht nun sofort dem Vater, so wie in jenem Fall dem Sohne selbst, erworben, und dieses Recht des Vaters blieb unversehrt bestehen, wenn auch der Sohn vor Antretung der mit dem Vermächtniß beschwerten Erbschaft oder überhaupt vor der Zeit, da das Vermächtniß gefordert werden konnte, starb oder aus des Vaters Gewalt austrat. Dies wird auch in den Justinianischen

ante aditam hereditatem non cesserit. Die Worte *ad hereditatem* hat man beanstandet, obgleich auch die Verfasser der Basiliken in ihrem Texte sie vor sich gehabt haben müssen; denn im Tipucitus lesen wir: „*πῶς τῇ κληρονομίᾳ προσήκει ἡ κτῆσις*“ (Basil. XLIV. 20. cap. 13. ed. Heimb. IV. pag. 454.). Manche beruhigen sich dabei, daß hier *ad hereditatem* soviel bedeute, wie *ad heredem*, z. B. Cuiac. obs. XXV. 40. A. Faber aber emendirte geradezu *ad heredem* und diesem schließt Mommsen sich an, indem er vorschlägt zu lesen: „usumfructum ad heredem adita hereditate pertinere“. Auch mir ist wahrscheinlich, daß in Julian's ächtem Text hier heres und hereditas in Verbindung mit einander genannt waren, da sonst der Schluß des §. 2. *eo quod* etc. nicht paßt, den mit Köppen a. a. O. an's Ende von §. 1. zu versetzen doch auch nicht zusagt. Julian wird es irgendwie betont haben, daß der Erbe den Nießbrauch durch die Erbschaft erwerbe, was bei Berechnung des Vermögensbetrages der Erbschaft von Bedeutung sein konnte, z. B. bezüglich der jenem auferlegten Legate.

Digesten noch als geltendes Recht vorgetragen. Mehrere der bisher benutzten Stellen sprechen nicht von Sclaven allein, sondern überhaupt von personae alieni iuris [70]), und als solche erscheinen auch im Justinianischen Rechte noch die in väterlicher Gewalt befindlichen Kinder [71]). Andere nennen ausdrücklich den filiusfamilias [72]). Eine Stelle bespricht insbesondere den Fall, wenn eine persona sui iuris mit dem Vermächtniß bedacht ist, später aber der Gewalt eines Anderen unterworfen wird. Geschieht dies erst post diem legati cedentem, so geht nun das ihr erworbene Vermächtnißrecht wie all' ihre Habe auf den dermaligen Gewalthaber über, und bleibt diesem, ob auch antequam dies legati venit jene wieder sui iuris geworden sein mag [73]). Geschieht es aber ante diem legati cedentem, z. B. während die Bedingung des Vermächtnisses noch schwebt, so kommt es darauf an, ob die bedachte Person die legati cedente noch alieni iuris und wessen Jus sie unterworfen ist — dann fällt diesem das Vermächtniß zu —, oder ob sie jetzt sui iuris ist; dann erwirbt sie dasselbe für sich selbst [74]). Aber diese Digesten-

70) L. 18. D. de R. J. L. 17. — L. 5. §. 7. D. h. t. XXXVI. 2.

71) Dig. de his qui sui vel alieni iuris sunt. I. 6. Inst. I. 8.

72) L. 9. D. h. t. cf. L. 15. 27. eod.

73) L. 14. §. 3. D. h. t. (Ulp.): Si dies legati cesserit, deinde legatarius in ius alienum pervenit, ipsi (*ei* oder *illi*?) potius debetur legatum, in cuius ipse ius pervenit; transeunt enim cum eo, quae ei debebantur.

74) L. 14. §. 3. cit. Sed si sub conditione fuerit legatum, non transit, sed exspectabit conditionem, eique adquiretur, cuius iuris (*iuri subiectus?*) erit conditionis existentis tempore; quodsi sui iuris fuerit eo tempore, sibi potius adquiret. — Ulpian hatte hierbei ohne Zweifel wenigstens vorzüglich den Fall im Auge, wenn die persona

stellen haben schon im Justinianischen Rechte nur mehr eine beschränkte praktische Geltung, nachdem nehmlich durch Justinian die vermögensrechtliche Stellung der Kinder in väterlicher Gewalt zu deren Gunsten allgemein so bestimmt worden ist, daß dieselben für sich selbst erwerben können und nur der Nießbrauch an dem von ihnen erworbenen Gut dem Vater regelmäßig vorbehalten ist [75]), was auch auf Erwerb durch Vermächtniß sowohl als durch Erbschaft Anwendung findet [76]). Die Compilatoren haben gleichwohl darauf bezügliche Stellen noch wie sie bei den classischen Juristen lauteten, aufgenommen und es der praktischen Auslegung überlassen, dieselben mit dem neueren Recht in Einklang zu bringen. In den Institutionen dagegen (II. 9. §. 1.) ist das neue Recht gelehrt und, (§. 3.), was nach altem vom Erwerb aller personae alieni iuris galt, ausdrücklich nur auf Erwerb der Sclaven eingeschränkt, wobei namentlich auch der Erwerb von Erbschaften und Vermächtnissen hervorgehoben wird [77]). Es fragt sich hiernach, ob das, was obige Stellen über die rechtliche Bedeutung des dies cedens bei den einem Hauskind hinterlassenen

sui iuris nachher in die väterliche Gewalt oder Manus oder das Mancipium eines Anderen kam. Ob auch für den Fall, wenn der Legatar seine Freiheit verloren und nun die legati cedente als Sclave in der Gewalt eines römischen Bürgers sich befand, dasselbe zu behaupten war? Darüber vgl. Bd. 1. (Th. 46.) S. 377. und unten S. 232. Anm. 83. — Ueber l. 14. §. 3. cit. vgl. auch Scheurl Beiträge II. (Nebenbestimmungen) S. 147. f.

75) Cod. de bonis quae liberis in potestate constitutis . . acquiruntur. VI. 61.

76) Vgl. den Comment. Th. 39. S. 229. fg. In gewissen Fällen fand dasselbe schon vor Justinian statt. L. 4. Cod. l. c. L. 1. 2. Cod. de bon. mat. VI. 60.

77) Vgl. oben S. 217. fg. Anm. 50.

Vermächtnissen lehren, auch nach Justinianischem und heutigem Rechte noch praktische Bedeutung habe und welche?

Windscheid im Lehrb. des Pandektenrechts III. §. 642. gibt als Bedeutung des dies legati cedens unter anderem an, „daß sich nach der Zeit des Anfalls der Erwerb für den Gewalthaber bestimmt", und bemerkt dazu in Anm. 10.: „Man darf nicht sagen, daß dieser Satz im heutigen Rechte ganz unpraktisch sei; denn s. II. §. 525. Note 15." Hier ist die Rede von dem sog. praemium emancipationis, das darin besteht, daß der freiwillig emancipirende Vater fernerhin den Nießbrauch an dem Vermögen des Kindes zur Hälfte behalten soll [78]). Gesetzt nun, daß dem Kinde ein Vermächtniß hinterlassen ist und dasselbe post diem legati cedentem vor Antretung der Erbschaft oder bevor dies legati venit emancipirt wird, so ist das Vermächtnißrecht, obwohl es erst später verwirklicht wird, als dem Kinde schon zur Zeit der Emancipation erworben anzusehen und kann der Vater bezüglich des dadurch gewährten Vermögenszuwachses den Nießbrauch zur Hälfte in Anspruch nehmen. Ja, da nach L. 8. pr. §. 2. Cod. l. c. (VI. 61.) dem Vater zusteht, einen dem Kinde angetragenen Erwerb, wenn dieses ihn ablehnt, ganz für sich zu machen, so möchte consequent zu behaupten sein, daß der Vater noch jetzt das Vermächtniß ganz für sich erwerben könne, wenn das emancipirte Kind oder dessen Erbe dasselbe ablehnt. Aber freilich ist es, wie auch Windscheid andeutet, bestritten, ob jenes praemium emancipationis noch gemeinen Rechtes sei [79]); wenn nicht, so würde heutzutage jener Satz eine praktische Bedeutung nicht mehr haben. Nach Justinianischem Recht würde sich eine solche auch noch in dem Fall ergeben, wenn die väter=

78) L. 6. §. 3. Cod. de bon. quae lib. VI. 61. §. 2. I. per quas person. II. 9.

79) Vgl. Arndts, Pand. §. 436. Anm. 3.

liche Gewalt durch den Tod des Kindes beendigt wird und der überlebende Vater nicht zu dessen Erbschaft berufen ist, falls es feststünde, daß in diesem Falle der Nießbrauch des Vaters an dem Vermögen des verstorbenen Kindes fortbestehe. Alsdann würde nehmlich consequent zu behaupten sein, daß der Nießbrauch des Vaters auch auf das dem verstorbenen Kinde hinterlassene Vermächtniß sich erstrecke, falls nur das Kind den dies legati cedens erlebt hätte. Allein hier ist schon sehr streitig, ob jene Fortdauer des väterlichen Nießbrauchs wirklich im Justinianischen Recht begründet sei; die herrschende Meinung war stets und ist dagegen [80]); und für das heutige gemeine Recht muß man sich unbedenklich der die Fortdauer verneinenden Ansicht anschließen [81]). Wenn aber der väterliche Nießbrauch durch den Tod des Kindes jedenfalls beendigt wird, so ist es bezüglich desselben von keiner Bedeutung, auf den dies cedens eines dem Kinde hinterlassenen Vermächtnisses zurückzugehen, da auch der Nießbrauch an dem dies legati veniente dem Kinde schon bei dessen Lebzeit erworbenen Vermögensgewinn mit dem Tode des Kindes ein Ende hätte.

Für das heutige gemeine Recht ist hiernach noch in stärkerem Maße richtig, was oben S. 202 f. hervorgehoben wurde, daß die praktische Bedeutung des dies legati cedens hauptsächlich darin liegt, daß, wenn nur diesen Zeitpunkt der Vermächtnißnehmer erlebt, dessen nachher erfolgender Tod das Vermächtniß nicht vernichtet, sondern dasselbe auch auf dessen Erben übergeht, falls nicht durch die Natur des vermachten Rechtes der Uebergang auf die Erben ausgeschlossen ist. In dieser Beziehung ist hier nur noch die Frage zu berühren, ob dieser Uebergang des Vermächtnisses auf die Erben post diem legati cedentem nicht

80) Vgl. Arndts a. a. O. §. 433. Anm. 1. 3.
81) Arndts §. 436. unter Nr. 1.

auch dadurch ausgeschlossen werde, daß dem Bedachten ein Anderer substituirt ist?

Die Substitution bei einem Vermächtniß ist analog der Vulgarsubstitution bei einer Erbeinsetzung zu beurtheilen [82]). Die übliche Wortfassung der letzten lautete: „si (Primus) heres non erit, (Secundus) heres esto“. Diese wurde so ausgelegt, daß der Secundus zur Erbschaft berufen sein solle, falls der Primus nicht Erbe werde, sei es, daß er nicht Erbe werden kann, z. B. weil er vor eingetretener Delation der Erbschaft gestorben ist, oder daß er nicht erben will, d. i. die deferirte Erbschaft ablehnt; mit andern Worten: Secundus soll zum Erben eingesetzt sein unter der Bedingung, wenn die Erbeinsetzung des Primus als erfolglos sich erwiesen hat. Diese Bedingung war auch dann nicht erfüllt, wenn ein zum Erben eingesetzter Sclave oder Haussohn zwar nicht für sich, aber durch ihn der Herr oder Vater die Erbschaft erwarb; es war anerkannt, daß, wenn der Eingesetzte alieno iuri subiectus war, die Bedingung der Substitution „si heres non erit“ zu verstehen sei: „si neque ipse heres erit neque alium heredem effecerit“ [83]), also in jenem Fall der Substitut

82) L. 50. pr. D. de legat. II. „Ut heredibus substitui potest, ita etiam legatariis.“

83) §. 4. I. de vulg. subst. II. 15. L. 40 (in Mommsen's Ausgabe L. 41.) D. de hered. instit. XXVIII. 5. Vgl. darüber Arndts' civ. Schriften II. 38. S. 108 fg. 107 fg. Aus diesen Stellen geht hervor, daß die Erbeinsetzung eines Freien auch dann noch wirksam blieb, wenn derselbe später seine Freiheit verlor, aber zur Zeit der Delation der Erbschaft sich in der Gewalt eines römischen Herrn befand, ex cuius persona er nun testamentifactio hatte, also z. B. der römische Bürger, dessen Sclave der Eingesetzte, der sich pretii participandi gratia hatte verkaufen lassen, geworden war, durch diesen die Erbschaft erwerben konnte; denn nur, wenn der Erblasser einen irrthümlich für freige-

durch den Herrn oder Vater ausgeschlossen werde. Für die Substitution bei einem Vermächtniß hatte man nicht einen gleichen Ausdruck der Bedingung derselben; man konnte nicht sagen: „si Primus legatarius non erit“; denn Legatar war Primus immerhin, weil er mit dem Legat bedacht war. Nach Analogie jener bei der Erbeinsetzung geltenden Sätze aber ist nicht zu bezweifeln, daß, nachdem für den Erstbedachten dies legati cessit, der Substitut (abgesehen von dem noch möglichen Fall der Ablehnung des Legats) ausgeschlossen wurde, durch den Erstbedachten selbst oder denjenigen, der an dessen Statt als Erbe oder Gewalthaber das Legat erwarb, vorausgesetzt jedoch, daß nicht die Bedingung der Substitution oder Translation des Vermächtnisses in einer Weise ausgedrückt war, die einer anderen Auslegung des Willens des Vermächtnißgebers Raum gab, also z. B. ohne allen Zweifel, wenn der Erblasser nur verfügt hatte: „Mein Haus vermache ich dem Primus und substituire diesem den Secundus“ oder „eventuell dem Secundus“. Aber auch wenn gesagt wäre: „Ich vermache dem Primus; wenn dieser das Vermächtniß nicht erwirbt, soll dasselbe dem Secundus vermacht sein“, würde doch im Zweifel zu behaupten sein, daß Secundus ausgeschlossen sei, nachdem in der Person des Primus dies legati cessit; denn darnach kann schon nicht gesagt werden, daß das Vermächtniß des Primus erfolglos, dieses nicht erworben sei. Wie die römischen Juristen dem Gedanken, daß schon die legati cedente in gewissem Sinn der Erwerb des Vermächtnißrechts entschieden sei, Folge gaben, das wird durch eine interessante Stelle von Ulpian belegt, L. 3. §. 1. D. de adim. vel transfer. legatis. XXXIV. 4.

Si quis Titio legaverit sic: „Titio dato, aut, si

haltenen Sclaven eingesetzt hatte, fand man es bedenklich, durch dessen Herrn den Substituten ganz auszuschließen.

Titius ante decesserit quam accipiat, Sempronio dato“ [84]), secundum meram subtilitatem utrique obligatum videri heredem, id est, et Sempronio et heredi Titii.

Die Bedingung „si Titius ante decesserit quam accipiat“ ist zu verstehen: „wenn Titius vor Empfang des Vermachten verstorben ist“ [85]). In diesem Fall nun, sagt Ulpian, könnte man, wenn Titius erst post diem legati cedentem gestorben ist, nach subtiler Auffassung dazu kommen, den beschwerten Erben für schuldig zu erklären, sowohl dem Sempronius als auch dem Erben des Titius das ganze Legat zu entrichten. Diese Idee konnte nur aufkommen, indem man von dem Gesichtspunkt ausging, daß die legati cedente das Vermächtnißrecht dem Titius als auf seine Erben transmissibles erworben sei und ohne Rücksicht auf das bedingt dem Sempronius hinterlassene Legat bestehe, dieses aber, nachdem dessen Bedingung erfüllt ist, auch nicht hindern könne. Mit Recht aber bezeichnet Ulpian diese Idee, die nur mera subtilitate

84) Mommsen will hier eingefügt haben: et post diem legati cedentem Titius decesserit. Jedenfalls ist dies im Gedanken zu ergänzen, wie der Schluß des §. 1 durch den Gegensatz zeigt: sed si ante diem legati cedentem decesserit Titius, soli Sempronio debetur legatum.

85) Anders freilich erklärt Köppen in den Jahrb. für Dogmat. V. S. 208 fg. Er versteht unter dem accipere die Agnition oder erklärte Annahme des Vermächtnisses von Seiten des Legatars. Dagegen vgl. in dem verwandten Fall der L. 3. §. 2. D. l. c. „si ante restitutam (hereditatem puer) decessisset“, und in L. 25. (26) pr. D. ad Sc. Trebell. XXXVI. I. „si ante restitutum fideicommissum puer decessisset“ . . . „si non iam puer hoc acceperit.“ Ueber den Zusammenhang jener Erklärung mit Köppen's Theorie von der Agnition der Vermächtnisse s. unten §. 1525. c.

gewonnen werde, als verwerflich. Der Gedanke des Erblassers ist offenbar nicht, daß der Erbe das Legat zweimal zahlen soll, sondern nur der, daß, wenn Titius es nicht bekommt, Sempronius es haben soll, und so wird denn in diesem Fall dem Willen des Erblassers gemäß der Uebergang des Legats auf die Erben des Titius durch den Substituten ausgeschlossen. Dies aber wäre doch nicht zu billigen, wenn Titius bereits den Vermächtnißträger zur Erfüllung der fälligen Vermächtnißforderung (post quam dies legati venit) gemahnt und so diesen in Verzug gesetzt hat. Daß der Erblasser der Verzögerung der Leistung von Seiten des Vermächtnißträgers habe die Folge geben wollen, daß dem Erstbedachten und dessen Erben das Vermächtniß entgehe, ist gewiß nicht anzunehmen. Daher fährt Ulpian fort:

> Sed si quidem mora Titio ab herede facta est, ad heredes eius legati exactio transmittitur Sempronio repellendo; sin autem nulla mora intercesserit, tunc Sempronius legatum accipit et non Titii heredes;

woran sich dann der in Anm. 84. angeführte Schlußsatz anschließt. Also: hat Titius in Folge Verzugs des Erben das Legat nicht empfangen vor seinem Tode, dann können dessen Erben es einfordern und ist Sempronius abzuweisen, obgleich die Bedingung seines Legats im buchstäblichen Sinn erfüllt ist; im andern Fall aber werden nach des Erblassers wahrem Willen die Erben des Titius durch den Sempronius ausgeschlossen[86]). Dem Fall der L. 3. §. 1. cit.

86) Vgl. Brinz Lehrb. d. Pand. erste Aufl. S. 917. „Wird die Bedingung, unter welcher einem Zweiten vermacht sein soll, auf den Tod des Ersten gestellt, und zwar auf den Tod vor „Empfang" des Vermächtnisses, so darf dies nicht so buchstäblich genommen werden, als ob die Bedingung eingetreten wäre, wenn der Nichtempfang blos am

stellt Ulpian in §. 3. den Fall gegenüber, wenn die Bedingung des Vermächtnisses an einen Zweiten auf die Nichtentrichtung desselben von Seiten des Vermächtnißträgers an den Ersten gestellt ist. Er sagt:

Sed et cum quis ita legasset: „heres meus Titio dato; si non dederit, Sempronio dato", ita demum Sempronio debetur, si dies eius in persona Titii non cessisset [87]).

Hier wird schlechthin von des Titius Versterben vor dem dies legati cedens abhängig gemacht, ob dem Sempronius das Vermächtniß zukomme, also, wie es scheint, stillschweigend angenommen, daß, wenn Titius post diem legati cedentem aber priusquam dies legati venit gestorben ist, dessen Erben den Sempronius ausschließen. Aber es widerstrebt doch, diesen Fall so wesentlich anders zu beurtheilen, als den Fall, wenn die Bedingung des Vermächtnisses an Sempronius den Worten nach auf den Nichtempfang des Titius gestellt ist. Daß in beiden Fällen dem Sempronius das Legat zugesprochen wird, wenn dieses für Titius ganz erfolglos ist, weil er vor dem dies cedens gestorben, das ist begreiflich, obgleich die Bedingung des Legates an Sempronius „si Titio non dederit", wenn auf diesen Fall berechnet, unpassend gewählt ist; daß dagegen, wenn Titius erst nach dem dies cedens stirbt, dem

Onerirten liegt. Eben so wenig dürfen sich aber die Erben des Ersten, nachdem dieser nicht empfangen, auf den Buchstaben berufen, daß ihr Erblasser, wenn nicht empfangen, so doch erworben habe."

87) Den gleichen Fall betrifft L. 10. §. 1. eod. (aus Julian's Digesten Bd. 37): Quod ita legatum est: „Titio decem heres meus dato; si Titio non dederit, eadem decem Sempronio dato", si moriatur Titius ante diem legati, Sempronius decem utiliter petet; translatum enim legatum intellegi debebit.

Sempronius das Legat zwar zufallen soll, wenn ihm unter der Bedingung „si Titius ante decesserit quam accipiat“ vermacht ist, nicht aber wenn ihm unter der Bedingung „si Titio heres non dederit“, das ist schwer zu begreifen, zumal da man nur den Dativ Titio zu betonen braucht, um sagen zu können, die Bedingung sei buchstäblich erfüllt, wenn der Erbe nicht dem lebenden Titius gegeben habe. Brinz a. a. O. S. 917. fg. bemerkt in Beziehung auf L. 3. §. 3. cit.: „Mit dem Ausdruck: 100 gib dem A, wenn nicht dem A, dem B, — will nicht gesagt sein, daß der B bekommen solle, wenn der Onerirte dem A nicht geben will, sondern wenn er ihm nicht geben kann (si dies in persona eius non cessisset)“. Auch wenn Titius nach dem dies cedens vor Antretung der Erbschaft gestorben ist, kann der Erbe ihm nicht geben. Ich glaube daher, daß ungeachtet der eben in Parenthese angeführten Worte der L. 3. §. 3. cit. der Fall dieses §. wesentlich eben so zu beurtheilen ist, wie der in L. 3. §. 1. cit. Vollends unzweifelhaft wäre dies, wenn in §. 3. die Bedingung entsprechend der in §. 1. gefaßt wäre: „si Titius ante decesserit quam heres ei dederit“. Man setze den Fall: dem Erben ist auferlegt, an bestimmtem Tage oder innerhalb bestimmter Frist nach Antretung der Erbschaft 100 dem Titius, wenn aber dieser, bevor ihm der Erbe gezahlt hat, sterben sollte, dieselben 100 dem Sempronius zu geben; nun stirbt Titius vor diesem Tag: unzweifelhaft ist das Legat dem Sempronius zuzusprechen, nicht den Erben des Titius; erlebt aber Titius den Tag oder Ablauf der Frist, und stirbt nun, bevor ihm der Erbe gegeben hat, so wird man mit Recht dessen Erben vor dem Sempronius den Vorzug geben, obgleich die Bedingung, unter welcher diesem vermacht ist, buchstäblich erfüllt ist, und zwar hier wohl auch, ohne daß Titius den Erben gemahnt hat, wie wenn die Bedingung gelautet hätte: „wenn

Titius ante diem sterben sollte", da der Erbe nach Inhalt des Legats zur bestimmten Zeit das Vermächtniß hätte entrichten sollen.

In L. 3. cit. §. 2. legt Ulpian einen verwandten Fall bezüglich eines Universalfideicommisses vor:

Idem dicendum est et fideicommissa hereditate puero data aut, si ante restitutam decessisset, matri eius relicta: ut, si puer ante diem legati cedentem decessisset, matri debeatur, si postea, ad pupilli heredes fideicommissum transmittatur, utpote re ipsa mora subsecuta.

Der Mutter, die dem zum Universalfideicommiß berufenen Knaben substituirt ist, scheint hier nur, wenn dieser vor dem dies cedens verstorben ist, Anspruch auf das Fideicommiß gegeben zu werden. Aber es ist doch wohl bei dem letzten Satze „si postea" etc. vorausgesetzt, daß zur Todeszeit des Pupillen auch schon dies fideicommissi venit, nur die Restitution der Erbschaft noch nicht stattgefunden hat, also in buchstäblichem Sinn die Bedingung der Berufung der Mutter erfüllt ist. Ohnedies würde die Parallele mit dem Fall in §. 1. nicht treffend und insbesondere die Schlußworte des §. 2. „utpote re ipsa mora subsecuta" nicht am Platze sein. Diese erklären sich daraus, daß als Regel angenommen wurde, einem minderjährigen Forderungsberechtigten gegenüber sei der Verpflichtete, sobald die Forderung fällig, ohneweiters (re ipsa, d. i. auch ohne Mahnung) als in Verzug befindlich zu betrachten [88]). Davon aber konnte doch nicht die Rede

88) L. 3. Cod. in quib. causis i. i. r. necessaria non est. II. 40 (41). Dioclet. et Max.: In minorum persona re ipsa et ex solo tempore tardae pretii solutionis recepto iure moram fieri creditum est, in his videlicet, quae moram desiderant, id est, in bonae fidei contractibus et fideicommissis et in legato. Vgl.

sein, so lange noch nicht dies fideicommissi venit, die Entrichtung des Vermächtnisses, die Restitution der Erbschaft, noch nicht begehrt werden konnte. Man möchte nur sagen, es könne doch dem Erben nicht gestattet sein, durch grundlose Verzögerung der Erbantretung und somit des dies veniens dem Pupillen und dessen Erben das Fideicommiß zu gefährden, und könne man darin auch im Falle der L. 3. §. 1. cit. eine mora legatario ab herede facta erkennen, wegen deren der Vorzug des Substituten vor den Erben des Legatars, falls dieser in Folge dessen den dies legati veniens nicht erlebe, nicht zuzulassen sei. In L. 7. §. 6. D. h. t. XXXVI. 2. heißt es: „Interdum heredis aditio legatis moram facit" in Beziehung auf Fälle, wo dies legati nicht ante aditam hereditatem cedit [89]). In L. 7. pr. dagegen wird in Rücksicht auf die Regel, daß dies legati morte defuncti (oder nach classischem Recht apertis tabulis testamenti) cedit, gesagt: Heredis aditio moram legati quidem petitioni facit, cessioni diei non facit; d. h. die noch zu erwartende Erbantretung hindert zwar nicht den Eintritt des dies legati cedens, aber doch der Vermächtnißforderung, des dies legati veniens. Darnach konnte man denn auch

übrigens dazu über L. 3. §. 2. cit. Friedr. Mommsen, Lehre v. d. Mora (1855) S. 155 fg. 266 fg. K. F. F. Kniep, die Mora des Schuldners (1871) Bd. 1. S. 44—50. — Der Letzte erklärt S. 47. die oben S. 234 Anm. 84. angeführte Ergänzung der L. 3. §. 1. cit. für unnöthig und die von Th. Mommsen gebilligte Versetzung des Schlußsatzes von L. 3. pr. Cit. „Sed et si .... Sempronio debetur" an's Ende von L. 3. §. 1. cit., wie es scheint, mit Recht, für verwerflich und zieht die Correctur in L. 3. pr. „Sempronio„ für „Seio" oder „Seio" für „Sempronio" vor. Vgl. Schulting-Smallenburg ad. h. l.

89) Vgl. oben S. 202 Anm. 14.

sagen: Heres non adeundo hereditatem oder moram faciendo aditioni hereditatis moram facit petitioni legati [90]), und somit wäre denn nach L. 3. §. 1. cit. zu behaupten, daß, wenn in Folge solcher Mora des Erben Titius vor der Antretung der Erbschaft gestorben sei, die Erben des Titius den Substituten Sempronius ausschließen, daß eben so im Falle der L. 3. §. 2. cit. die Mutter nicht in das Fideicommiß eintrete, wenn post diem fideicommissi cedentem nur durch Verzögerung der Antretung herbeigeführt sei, daß der Pupill die Restitution nicht erlebte. Dies kann aber jedenfalls nicht behauptet werden, wenn die Verzögerung der Erbantretung nicht blos in der Saumsal oder Absicht des Erben ihren Grund hat, entschieden z. B. nicht, wenn dieser unter einer nicht von dessen reiner Willkür abhängenden Bedingung eingesetzt ist, deren Erfüllung er erwarten muß, um die Erbschaft antreten zu können, und so auch, wenn er nur als Substitut zur Erbschaft berufen ist, der die Erbschaft erst antreten kann, wenn entschieden ist, daß der Institutus nicht erbe. Eben so

90) Aehnlich heißt es in einem Falle, da ein zum Erben eingesetzter Vater seine zugleich mit ihm eingesetzten Kinder zu emancipiren und diesen die Erbschaft zu ihrem Theil zu restituiren schuldig erkannt wurde: „Si tardius id faceret quasi ex mora usuras praestaturum; videri enim eum, qui moram faceret emancipationi, moram restitutioni fideicommissi eam facere. L. 92. D. de cond. et dem. XXXV. 1. (Statt *eam* hat Haloander *etiam*, was wohl zu billigen ist, aber mit ihm dieses Wort vor *restitutioni* zu versetzen ist nicht nöthig). Vgl. auch L. 84 D. de legat. II., wo in Beziehung auf den Fall, wenn einem Sclaven, dem fideicommissarisch die Freiheit vermacht ist, den alsdann der Erbe erst zu manumittiren hat, zugleich sonst noch ein Vermächtniß angewiesen war, Paulus sagt: „si mora fiat praestandae libertati (d. i. manumissioni), etiam fideicommisso moram videri factam." L. 35. D. de usufr. VII. 1.

auch dann nicht, wenn zwar die Erbantretung ohne Aufschub geschehen könnte, aber die Entrichtung des Vermächtnisses durch eine Zeitbestimmung auf einen darüber hinausliegenden Zeitpunkt verschoben, das Vermächtniß ex die certo hinterlassen ist. Wenn in solchem Fall der Erstbedachte gestorben ist, antequam dies legati vel fideicommissi venit, so kann man nach L. 3. §. 1. 2. cit. keineswegs behaupten, daß der Zweite, dem dasselbe vermacht ist unter der Bedingung, wenn jener vor Empfang des Vermächtnisses oder ante restitutam ei hereditatem mit Tod abgehe, durch die Erben des Ersten ausgeschlossen werde. Man kann hier in keiner Weise sagen, moram legatario ab herede factam esse oder re ipsa moram subsecutam esse, nicht sagen, wie Brinz a. a. O. sich ausdrückt, der Nichtempfang liege blos am Onerirten. Die Richtigkeit dieser Ansicht wird für das Justinianische Recht bestätigt durch eine andere einen gleichen Fall, wie die L. 3. §. 2. cit., betreffende Stelle, L. 25. pr. D. ad Sc. Trebell. XXXVI. 1. [91]).

> Quidam ita testamento scripserat, so berichtet sie: „a te, heres, peto fideique tuae committo, ut, quidquid ex hereditate mea ad te pervenerit, filio meo prima quaque die aut, si prius quid ei acciderit, matri eius des reddas."

Der Knabe starb vor Antretung der Erbschaft; daher:

> Quaeritur, cum antequam adeatur hereditas puer decesserit, an fideicommissum matri debeatur?

Julian gab darauf folgendes Responsum:

> Respondi: si puer, antequam dies fideicommissi

91) In Mommsen's Ausgabe der Digesten findet sich die Stelle unter der Zahl 26. Sie ist überschrieben: „Julianus libro trigesimo nono digestorum," enthält aber zugleich eine Nota des Marcellus zu Julian's Beurtheilung des vorgelegten Falles.

cedat, decessisset, fideicommissum translatum esse ad matrem, postea autem quam dies fideicommissi cessit si decesserit, ad heredem pueri fideicommissum pertinere.

Julian hielt sich also zunächst an die Regel, daß den Erben des ersten Fideicommissars, wenn dieser nur den dies fideicommissi cedens erlebte, das Vermächtniß zukomme, mit Ausschließung des Substituten; er erklärte das „si *prius* quid ei acciderit" mit Rücksicht auf den dies legati cedens. Allein er verkannte doch nicht, daß des Erblassers Wille wohl ein anderer sein könne und diesem dann auch Folge zu geben sei, und fährt daher fort:

Sed an ea voluntas fuit patrisfamilias, ut, si ante restitutum fideicommissum puer decessisset, matri potius quam heredibus praestaretur, praetor aestimabit ex persona matris et ex persona heredis pueri.

Er stellt es dem praetor fideicommissarius anheim, nach Prüfung der Beschaffenheit des einzelnen Falles, namentlich der Persönlichkeit der Betheiligten, zu beurtheilen, ob nicht der Erblasser vielmehr der Mutter das Fideicommiß zugedacht habe, wenn nur der Knabe vor Empfang desselben, ob auch erst post diem fideicommissi cedentem sterben würde. Dieses Zugeständniß Julian's befriedigte aber den Marcellus noch nicht; er notirte dazu:

Sed testatoris voluntati congruum est, quandocunque puer decesserit, sive antequam dies fideicommissi cedit, sive postea, ad matrem transferri fideicommissum, si non iam puer hoc acceperit, eoque iure utimur [92].

92) Vermuthlich war gerade dieser Fall, wo Kind und Mutter betheiligt waren, öfter zur Entscheidung vorgelegen. Daher ist hieraus noch nicht zu schließen, daß allgemein in anderen

Marcellus beschränkt diese Entscheidung nicht einmal durch die Erwägung, ob nicht dem Knaben ab herede mora facta sei. Aber dabei ist zu beachten, daß in dem Julianischen Fall der Knabe vor Antretung der Erbschaft gestorben war, nach welcher prima quaque die die Restitution statthaben sollte. Vergleicht man mit L. 25. pr. cit. die oben erklärte L. 3. §. 2. cit., so ist unbedenklich anzunehmen: Hätte der Knabe die Erbantretung erlebt, der Erbe aber die Restitution ungebührlich verzögert, nicht prima quaque die restituirt, und wäre nun in Folge dessen der Knabe vor Entrichtung des Fideicommisses gestorben, so hätten dessen Erben Anspruch darauf, utpote re ipsa mora subsecuta. Setzt man dagegen, daß der Erblasser die Restitution auf einen späteren Zeitpunkt verlegt habe, und der Knabe nun nach der Erbantretung, antequam dies fideicommissi venit, gestorben sei, so würde man mit Marcellus unbedenklich der Mutter das Fideicommiß zusprechen.

Der gelehrte Verfasser einer besonderen Abhandlung über die vorliegende Rechtsfrage [93]) hat die vorbesprochenen Stellen nicht beachtet. Von der Ansicht ausgehend, daß das Recht auf Acquisition des Vermächtnisses schon mit der Delation „ein in jeder Hinsicht festes", das deferirte Vermächtniß „bis auf die Aeußerlichkeit des wirklichen Genusses so gut wie acquirirt zu betrachten" sei, kommt er zu dem Schlusse, daß der Vorzug der Erben des Legatars, der post diem legati cedentem gestorben, vor dem Sub-

ähnlichen Fällen ebenso schlechthin dieselbe Willensauslegung zu Gunsten des Substituten am Platze sei.

93) Zimmern: „Gehen die Erben des nach der Delation aber vor der Acquisition verstorbenen Legatars dem Substituten vor oder nicht?", im Archiv für civ. Praxis Bd. 9. Nr. 18. S. 357—368. — Unter Delation versteht der Verfasser die Wirkung des dies legati cedens.

stituten „so wenig einen Zweifel leide, als ein solcher stattfinden könnte, wenn der Legatar nach der wirklichen Acquisition gestorben wäre". Hätte derselbe die oben erklärten Stellen vor Augen gehabt, so würde er diesen Lehrsatz wohl nicht so kategorisch und unbedingt aufgestellt haben [94]). Als Regel mag immerhin aufgestellt werden, daß, wenn der Legatar nur den dies cedens erlebt, das Vermächtnißrecht auf dessen Erben übergehe, selbst mit Vorzug vor dessen Substituten, immer aber doch mit dem Vorbehalt, daß im einzelnen Fall nach richtiger Auffassung der Willensmeinung des Erblassers vielmehr dem Substituten vor den Erben des erstbedachten Legatars der Vorzug zu geben sei, wenn dieser nicht selbst das Vermächtniß bezieht. Wie die Transmission des Vermächtnisses auf die Erben die legati cedente überhaupt in Parallele gestellt werden kann mit dem Erwerb des Vermächtnißrechts durch denjenigen, in dessen Gewalt der Legatar die legati cedente sich befindet [95]), so kann man auch in Betreff der vorliegenden Rechtsfrage beide Fälle nebeneinander stellen. Ist dem Legatar, der zu jener Zeit in der Gewalt eines Andern steht, ein Dritter substituirt in einer Weise, daß sich als Wille des Erblassers erkennen läßt, diesem solle das Vermächtniß zufallen, wenn jener nicht und zwar für sich selbst dasselbe erwerbe, so wird man dem Substituten eben so vor dem Gewalthaber den Vorzug geben, wie in dem verwandten Falle vor den Erben des ersten Legatars, und so wird man in solchem Fall nach Justinianischem Recht insbesondere auch

94) Ob übrigens Zimmern's Beurtheilung des von ihm vorgelegten Rechtsfalles nicht auch in der Beziehung, daß er den Todestag des Erblassers als den dies cedens des vorliegenden Fideicommisses annimmt, zu beanstanden sei? ist eine Frage, die dem Commentar zu Dig. XXXV. 1. und XXXVI. 2. überlassen wird.

95) Vgl. oben S. 216 fg., bes. S. 218.

anzunehmen haben, daß der Substitut des Hauskindes, welches das Vermächtniß ablehnt, nicht verdrängt werde durch dessen Vater, der anstatt des Kindes das von diesem abgelehnte Vermächtniß ganz für sich erwerben will [96]).

In der Auslegung des wahren Willens des Vermächtnißgebers ist übrigens vor allem die Art und Weise zu beachten, in welcher die Bedingung des eventuellen Vermächtnisses an den Substituten ausgedrückt ist [97]), dabei aber auch auf andere Umstände Rücksicht zu nehmen, die auf die Willensmeinung schließen lassen. In dieser Beziehung verdient noch eine Stelle aus den Digesten des Scaevola, die zugleich das früher Ausgeführte bestärkt, nähere Beachtung, nehmlich L. 30. §. 4. D. de adim. v. transfer. legat. XXXIV. 4. Eine Mutter hatte ihren Sohn Priscillianus zu einem Theil zum Erben eingesetzt und zudem ihm Legate angewiesen, dazu aber in einem Codicill erklärt (epistola caverat): „quoniam cognovi Priscillianum filium meum in extremis esse, iustissimum et piissimum duxi, portionem eius hereditatis, quam ei testamento dederam, legare Mariano fratri meo et Januario marito meo aequis portionibus; et si quid ei amplius legaveram, ut si quid ei humanitus contigerit, do lego darique eis volo" [98]).

Der Sohn hatte nun noch die Eröffnung des Testaments der Mutter überlebt, war aber dann an derselben Krankheit gestorben. Daß das Fideicommiß bezüglich des Erbtheils wirksam war, darüber war kein Zweifel, wenn nur die Fideicommissare den Tod des Sohnes erlebten;

96) Vgl. oben S. 242. Arndts Pand. §. 512. Anm. 3. Windscheid Pand. §. 557.

97) Vgl. oben S. 233 fg.

98) Mommsen emendirt hier: „ut et si quid ei amplius legaveram, eisdem, si quid ei humanitus contigerit, do lego darique eis volo."

alsdann dies eius fideicommissi cessit, und dasselbe konnte nun gegen die Miterben des Sohnes, denen dessen Erbtheils accrescirte, geltend gemacht werden, oder selbst auch gegen die Erben des Sohnes, wenn dieser etwa noch vor seinem Tode die Erbschaft angetreten hatte, dann an derselben Krankheit gestorben und damit die Bedingung des Fideicommisses erfüllt war. Fraglich aber war es, wie es sich mit den Legaten, die dem Sohne angewiesen waren, verhalte, da nehmlich deren dies apertis tabulis cessit und damit nach der Regel der Uebergang derselben auf die Erben des Sohnes für entschieden gehalten werden konnte. Diese Frage war dem berühmten iuris auctor Cervidius Scaevola vorgelegt[99]). Derselbe respondit: „posse videri, si decessisset ex ea infirmitate, omnimodo et legatum ad eos, de quibus quaereretur, transtulisse“. Bei Abfassung des Codicills mochte die Mutter wohl besorgen, daß der schwerkranke Sohn sogar noch vor ihr sterben möge; aber wesentlich war doch ihr Wille dahin gerichtet, das dem Sohn Hinterlassene, wenn dieser der Krankheit wirklich erliege, dem Bruder und Ehemann zuzuwenden, und wird es mit Recht ihrem Willen nicht entsprechend gefunden, daß diesen das Vermächtniß entgehe, wenn der Tod des Sohnes erst nach ihrem Tode und selbst nach Eröffnung ihres Testaments und somit post diem legati cedentem in Folge derselben Krankheit eintritt; wenn dagegen derselbe von dieser Krankheit genesen und dann aus anderem Grunde gestorben wäre, so würde es zu Gunsten seiner Erben entscheidend sein, daß sein Tod nur nicht ante diem legatorum cedentem erfolgte.

* * *

99) Postea ex eadem infirmitate Priscillianus decessit: quaesitum est, an legatum quoque eius ad Januarium et Marianum ex causa fideicommissi pertineat?

Die bisherige Erörterung hat ergeben, daß der dies legati cedens für den Erwerb der Vermächtnisse von entscheidender Wichtigkeit ist; daß schon römische Juristen sich nicht gescheut haben, von Erwerb (acquirere legatum) für bestimmte Personen als Folge desselben zu reden; es ist daher erklärlich, daß die neuere Bearbeitung des römischen Rechts in der Lehre vom Erwerb der Vermächtnisse jenen Moment voranzustellen pflegte gleichsam als Anfang des Erwerbes. Ein Grundfehler aber war es, wenn man den Erwerb des vermachten Rechts, des Rechts, welches durch das Vermächtniß dem Vermächtnißnehmer als Vermögensbereicherung zukommen sollte, z. B. des vermachten Eigenthums einer Sache, als in jenem Zeitpunkt vollendet hinstellte, wie es von Hellfeld in §. 1525. geschieht [100]). Daß das Eigenthum einer vermachten Sache des Erblassers dem Vermächtnißnehmer nicht erworben wird vor geschehenem Erwerb der Erbschaft, also nicht vor Antretung derselben, wenn es dieser zum Erwerb bedarf, nie sofort mit dem Tode des Erblassers, es sei denn, daß dadurch der Erwerb der Erbschaft ipso iure entschieden wird, das ist ein ganz sicherer Lehrsatz [1]). Auch die Aussicht auf künftigen Erwerb des Vermachten, das Recht auf Acquisition desselben, ist die legati cedente noch nicht, wie Zimmern a. a. O. sich ausdrückt, in jeder Hinsicht befestigt; gesichert ist sie auch dann nur für den Fall, wenn die Antretung der Erbschaft erfolgt [2]). Von dieser ist regel-

100) Vgl. oben S. 199. Anm. 2. Westphal 1. §. 854. fg. bezeichnet den dies cedens als „Anfang des Legats", „Anfang der Rechte des Legatars"; in §. 841 fg. stimmt er, wie viele Andere, in Betreff des Eigenthumserwerbes vermachter Sachen mit Hellfeld überein.

1) L. 69. pr. D. de legat. I. L. 38. D. de legat. II. L. 7. §. 5. D. de dolo malo. IV. 3. vgl. unten §. 1525. a.

2) L. 22. §. 1. D. h. t. XXXVI. 2. vgl. oben S. 213. 225 fg.

mäßig der Bestand der Vermächtnisse abhängig; nur in gewissen Fällen sind sie auch in Ermangelung derselben wirksam [3]). Man kann daher wohl sagen: die legati cedente werde das Vermächtniß für die bestimmte Person festgestellt oder erworben als ein, selbst auch auf die Erben übertragbares, Recht auf das Vermächtniß, unter der selbstverständlichen Voraussetzung, daß die noch zu erwartende Erbantretung nachfolgen oder doch ungeachtet des Ausbleibens derselben das Vermächtniß nicht rechtlicher Wirkung ganz entbehren werde. Aber man muß dann von diesem durch den dies cedens entschiedenen Recht einer bestimmten Person auf das Vermächtniß den Erwerb des Rechts, welches den Gegenstand des Vermächtnisses bildet, unterscheiden [4]). Diese Unterscheidung macht auch Puchta im

3) L. 96. §. 1. D. de legat. I., tit. Dig. si quis omissa causa test. XXIX. 4. Arndts Pand. §. 553.

4) Arndts Pand. §. 554, Serafini in der italienischen Bearbeitung dieses Lehrb. bezeichnet das „Vermächtnißrecht" in diesem Sinn als „diritto al legato". In demselben Sinn spricht auch Mühlenbruch Pand. §. 740 von Recht auf das Vermächtniß, und unterscheidet ebenso Müller Lehrbuch d. Institutionen §.. 207. Erwerb des Rechts auf das Vermächtniß und Erwerb des vermachten Rechts. Thibaut Pand. §. 941. bezeichnet die Wirkung des dies legati cedens bald als Recht auf bald als Recht an dem Vermächtniß. Auch Mühlenbruch §. 737 spricht vom Recht am Vermächtniß, das die cedenti wirklich begründet werde. Unger System des österr. Privatr. II. §. 83. Anm. 7. sagt „Dies cedit bedeutet überhaupt nur, ein festes und vererbliches Recht auf die Erwerbung eines Rechts z. B. auf ein Vermächtniß erlangt haben," im Erbrecht aber §. 62. Anm. 3. macht er folgende drei Positionen: „Das Recht auf das Vermächtniß (Recht zur Einzelnachfolge, Recht zur Annahme oder Ausschlagung des Legats), das Recht aus dem Vermächtniß (Recht aus der Einzelnachfolge, Vermächtnißrecht), das Recht an dem Vermächt-

Lehrb. der Pand. §. 539. 541., indem er dort das Recht des Vermächtnisses, das die legati cedente erworben werde, bespricht, hier vom Erwerb des vermachten Rechts handelt. Aber dessen Darstellung und Terminologie hat nicht ohne Grund Anstoß erregt. Recht des Vermächtnisses ist ihm gleichbedeutend mit Vermächtnißforderung, und Erwerb des Vermächtnisses ist ihm die Entstehung des Rechts des Vermächtnisses, also der Forderung des Vermächtnißnehmers gegen den Onerirten, welche mit einem gewissen Zeitpunkte von selbst eintrete, wenn auch die Geltendmachung noch einen Aufschub erleide. In den Vorlesungen §. 539. heißt es: „das Recht des Vermächtnisses ist kein besonderes Recht, sondern eine Forderung gegen den Onerirten. Daher steht es in seinem Erwerb den Forderungen ganz gleich . . . . Die Obligatio, welche den Charakter des Vermächtnisses bildet, entsteht ohne einen Act; die Erwerbung geschieht durch den Eintritt eines gewissen Zeitpunkts ohne Willensäußerung". In §. 541. ist dann nur vom Erwerb vermachter dinglicher Rechte die Rede. Es scheint doch nicht passend, die Forderung des Vermächtnisses, die Obligatio zwischen dem Vermächtnißnehmer und dem Vermächtnißträger als entstanden, als erworben anzugeben schon die legati cedente ante aditam hereditatem, wenn sie doch noch von der Erbantretung abhängig ist, erst durch diese deren Existenz entschieden wird. Die Existenz jener Obligatio quasi ex contractu kann nicht vor die Erbantretung verlegt werden, da bis dahin noch der-

niß (Recht an dem vermachten Objekt, Eigenthumsrecht u. s. f. ex causa legati)." Diese Terminologie sagt mir nicht zu. — Ein nicht unpassender Ausdruck für jenes sog. Recht auf das Vermächtniß ist „Anwartschaft," „vererbliche Anwartschaft". Unger a. a. O. §. 62 not. c. Baron Pand. §. 443.

jenige fehlt, der quasi ex contractu obligirt ist [5]). Einstweilen ist die cedente auch hier nur eine Anwartschaft begründet auf die Vermächtnißforderung, die erst zur Existenz kommt, wenn die Erbantretung erfolgt; man kann sie einer bedingten Forderung vergleichen, die als solche auch auf die Erben übergeht, aber doch erst durch die Erfüllung der Bedingung zur Existenz kommt [6]).

Deutsche Rechtsgelehrte haben, um die Wirkung des dies legati cedens zu bezeichnen, häufig des Ausdrucks „Anfall des Vermächtnisses" sich bedient, welcher besonders in Rücksicht darauf, daß diese Wirkung von selbst ohne Wissen und Willen des Vermächtnißnehmers eintritt, passend erschien, oder auch denselben geradezu als mit dies legati cedens gleichbedeutend gebraucht [7]). Und dieser

5) Vgl. Fr. Regelsberger, zur Lehre von dem Altersvorzug der Pfandrechte (Erlangen 1859) S. 116. fg.

6) Es ist aber in dieser Beziehung ein charakteristischer Unterschied zwischen dem Vermächtnißrecht und einer bedingten obligatio ex contractu. Von dieser heißt es, so lange die Bedingung schwebt: neque cessit neque venit dies: L. 213. D. de V. S. L. 16.; gleichwohl geht sie auf die Erben über, wenn der bedingt Forderungsberechtigte pendente conditione stirbt; es ist also hier schon antequam dies cessit eine vererbliche Anwartschaft auf die Forderung (spes debitum iri) begründet: §. 4. I. de V. O. III. 15. §. 25. I. de inutil. stip. III. 19. Bei dem Vermächtniß wird eben erst die legati cedente solche Anwartschaft begründet.

7) So z. B. Mühlenbruch Pand. §. 734. 740. Göschen Civilrecht §. 1044. Seuffert Pand. §. 604. 612. 629. Arndts Lehrb. der Pand. §. 550. 552. 572. 579. und in Weiske's Rechtslex. VI. S. 301. 303 fg. 331. 343. (civilist. Schriften II. S. 440. 443 fg., 471 fg. 485, 489). Unger a. a. O. §. 62. in der Ueberschrift. — Andere gebrauchen dafür den Ausdruck „Delation" z. B. Zimmern a. a. O. (oben S. 243), und so auch übersetzt Serafini

Ausdruck wird nun, da man von einem Erwerb des Vermächtnisses im eigentlichen Sinn doch, wenn nur dies legati cessit, noch nicht reden könne, als einzig passender deutscher Kunstausdruck empfohlen [8]). Dagegen ist wohl mit Recht bemerkt worden, daß dieses Wort das Recht des Legatars, nachdem dies legati cessit, auch nicht klarer ausdrücke als „Erwerb des Vermächtnisses" [9]). Es bedarf doch immer erst näherer Bestimmung, um die Bedeutung dieses „Anfalls" klar zu stellen und man könnte füglich desselben Ausdrucks sich bedienen, um den Erwerb des vermachten Eigenthums einer Erbschaftssache oder den Erwerb des vollendeten Forderungsrechts gegen den Vermächtnißträger zu bezeichnen, insofern es nehmlich nicht unrichtig ist, daß dieser Rechtserwerb, cum dies legati venit, ipso iure eintritt [10]). Auch Windscheid gibt selbst zu, daß der Ausdruck „Anfall" nach seinem Wortsinn nicht nothwendigerweise den Gegensatz gegen den Erwerb bezeichnet; aber, sagt er, wir seien hier in der Lage, einen Ausdruck des Lebens zu einem technischen Ausdruck stempeln zu

in §. 552 „Anfall" mit „delazione", während er in §. 550. von Legaten, „deren Anfall nicht mit Tode des Erblassers erfolgt", sagt: „che non si acquistano immediatamente alla morte del testatore." — Tewes Erbr. II. §. 95. stellt als gleichbedeutend neben einander „Anfall" und „Delation" des Legats.

8) Brinz Lehrb. der Pand. 1. Aufl. S. 949. Regelsberger a. a. O. Crailsheim im Arch. für civ. Praxis XLVII. S. 374. Windscheid Lehrb. §. 642. Anm. 4. Roth, bayr. Civilr. III. §. 365.

9) H. Bürkel civ. Abh. (1864) S. 125. Anm. 1. vgl. auch Rudorff zu Puchta Pand. §. 539. Anm. c.

10) Vgl. den folgenden §. 1525 a. So versteht Wening-Ingenheim im Lehrbuch des gem. Civilrechts V. §. 209 (522). 232 (530). unter Anfall den vollendeten Erwerb der Vermächtnißforderung und des vermachten Eigenthums.

müssen, und Anfall der Erbschaft im Gegensatz zum Erwerb der Erbschaft sei allen geläufig. Dabei ist aber noch wieder zu beachten, daß der dies cedens nicht in demselben Sinn Anfall des Legats bewirkt, wie man von Anfall = Delation der Erbschaft spricht. „Delata hereditas,“ heißt es, „intellegitur, quam quis possit adeundo consequi“ [11]). Dem unbedingt eingesetzten Erben ist die Erbschaft sofort mit dem Tode des Erblassers, dem bedingt eingesetzten nicht vor Erfüllung der Bedingung, dem Substituten nicht vor Wegfall des Institutus „deferirt, angefallen“; aber einmal Delat kann er sofort durch Antretung die Erbschaft erwerben; nur dem necessarius heres wird die angefallene Erbschaft zugleich von selbst erworben. Das Vermächtniß dagegen wird die legati cedente vor Antretung der Erbschaft gerade nach Windscheid's Ansicht nicht nur von selbst noch gar nicht erworben, sondern kann auch vom Legatar noch nicht erworben werden, wird ihm aber, wenn die Erbantretung nachfolgt, von selbst erworben. Diesen adita hereditate vollendeten Erwerb des Vermächtnisses kann man wohl als Anfall des Vermächtnisses auf gleiche Linie stellen mit dem Anfall der Erbschaft an den necessarius heres, nicht aber die Wirkung des dies legati cedens auf gleiche Linie mit dem Anfall der Erbschaft an einen voluntarius heres. Eine Parallele zu diesem Anfall der Erbschaft ergibt sich bei Vermächtnissen nur, wenn man bei diesen entgegen der herrschenden Ansicht keinen ipso iure eintretenden Erwerb des Vermachten annimmt, sondern zunächst aus der Vermächtnißverfügung wie aus der Erbeinsetzung nur eine Delation hervorgehen läßt, das Recht, das Vermächtniß anzunehmen oder abzulehnen, den Erwerb des Vermachten aber von der erklärten Annahme

11) L. 151. D. de V. S. L. 26; vgl. Windscheid §. 530. „Anfall und Erwerb der Erbschaft.“

abhängig macht, wie den Erwerb der Erbschaft von deren Antretung; das aber trifft dann nicht mit dem dies legati cedens zusammen, da nicht schon die legati cedente, ante aditam hereditatem, jener Erwerb gemacht werden kann [12]).

Indessen betrifft der ganze Streit nur den Sprachgebrauch, die Terminologie. Es ist nichts dagegen einzuwenden, die Wirkung des dies legati cedens im Deutschen durch das Wort „Anfall des Vermächtnisses" zu bezeichnen, insofern eben die legati cedente von selbst die Anwartschaft auf den Erwerb des Vermächtnisses in subjectiver Beziehung festgestellt wird; es kann sogar als wünschenswerth zugegeben werden, daß das Wort durch den Gebrauch zu einem technischen Ausdruck erhoben werde, wenn nur die rechtliche Bedeutung des dies cedens klar gestellt ist. Wenn man übrigens absieht von dem die cedente entschiedenen Anrecht des Gewalthabers des Legatars, das heutzutage kaum noch praktische Bedeutung hat [13]), so kann man die Lehre von dem dies legati cedens für das heutige Recht kurz zusammenfassen in dem Satze: Wenn die mit dem Vermächtniß bedachte Person, vermächtnißfähig, nur den Tod des Vermächtnißgebers und, sofern das Vermächtniß noch bedingt ist, auch die Erfüllung der Bedingung erlebt, so geht das Vermächtniß auf die Erben derselben über, falls es nicht seinem Inhalt nach unvererblich ist.

Von diesem Anfall des Vermächtnisses ist aber der wirkliche Erwerb der durch das Vermächtniß gewährten

12) Daher tadelt Cuiacius die Verwechslung von cessio diei mit delatio des Vermächtnisses, indem jene in der Regel schon morte testatoris, diese erst adita hereditate eintrete: ad L. 32. Dig. de legat. II. (opp. VII. col. 1135).

13) Vgl. oben S. 230 fg.

Vermögensrechte zu unterscheiden. Davon soll nun in den folgenden §§. die Rede sein, und zwar zunächst in §. 1525 a. von dem Erwerbe vermachten Eigenthums einer Sache als dem in dieser Beziehung theoretisch wichtigsten Falle.

## §. 1525. a.

### Erwerb des Eigenthums einer vermachten Sache und anderer dinglichen Rechte.

Das Eigenthum einer Sache kann Gegenstand eines Vermächtnisses in der Art sein, daß daraus zunächst nur eine Obligatio des Vermächtnißträgers hervorgeht, dem Vermächtnißnehmer das Eigenthum der Sache zu verschaffen. Alsdann erwirbt der letzte das Eigenthum jedenfalls erst durch den zur Eigenthumsübertragung erforderlichen Act von Seiten des Eigenthümers, sei es des Vermächtnißträgers selbst, wenn dieser Eigenthümer ist oder etwa erst zum Zweck der Erfüllung seiner Verbindlichkeit das Eigenthum sich verschafft, sei es eines Dritten, der als Eigenthümer zum Zweck der Erfüllung der Verbindlichkeit des Vermächtnißträgers sein Eigenthum unmittelbar dem Vermächtnißnehmer zu übertragen veranlaßt wird. So war es nach altem Recht bei dem Damnationslegat, ohne Unterschied, welche Sache dem Erben auferlegt war dem Legatar zu geben; auch wenn diese eine Sache der Erbschaft war, erwarb der Legatar das Eigenthum erst durch deren Tradition, bezw. Mancipatio oder Injurecessio [14]). Es kann aber eine Sache auch mit der Wirkung vermacht sein, daß das Eigenthum derselben dem Vermächtnißnehmer ohne Mitwirkung des Vermächtnißträgers in gewissem Zeitpunkt als ihm unmittelbar vom Erblasser zugewendetes Recht zukommt.

14) Vgl. den Comment. Th. 46. S. 20 fg. Ebenso verhielt sich's beim Fideicommiß, s. ebd. S. 48 fg.

Diese Wirkung hatte nach altem Recht nur das Vindicationslegat und, sofern es als solches wirksam gehalten wurde, auch das Praeceptionslegat, als Gegenstand in enger Beschränkung eine eigene Sache des Erblassers voraussetzend [15]. Justinian hat aber die gleiche Wirkung allen Vermächtnissen ohne Unterschied der Form und ohne die dem Vindicationslegat anhaftenden Beschränkungen beigelegt, nur unter der einzigen Voraussetzung, daß die vermachte Sache eine zur Erbschaft des Vermächtnißgebers gehörige sei [16]. Daß das Eigenthum der Sache eines Dritten nicht in Folge der Vermächtnißverfügung eines Nichteigenthümers ohneweiters dem Vermächtnißnehmer erworben, nicht dem bisherigen Eigenthümer ohne dessen Zuthun entzogen werden könne, ist so einleuchtend, daß es Niemand zu behaupten wagen konnte. Nur wenn das Vermächtniß eine dem Erben oder sonstigen Vermächtnißträger eigene Sache zum Gegenstande hat [17], haben Einige geglaubt, nach Justinian's betreffender Constitution unmittelbaren Uebergang des Eigenthumsrechts auf den Vermächtnißnehmer behaupten zu müssen oder zu können [18]. Aber diese Mei-

15) Vgl. den Comment. Th. 46. S. 15 fg. 32 fg.

16) a. a. O. S. 56 fg. Dort ist S. 80 schon bemerkt worden, daß ungeachtet der Justinianischen L. 1. Cod. commun. de legat. et fideicomm. VI. 43. doch durch deutlich erklärten Willen des Erblassers der unmittelbare Eigenthumserwerb des Vermächtnißnehmers ausgeschlossen werden könne.

17) Vgl. Th. 46. §. 1518. d. S. 193 fg.

18) So lehrte in neuester Zeit noch Puchta Lehrb. §. 541. Nicht ganz einerlei damit ist die Meinung Marezoll's der durch L. 1. Cod. cit. nicht eigentlich direkten Uebergang des Eigenthums, sondern nur eine utilis in rem actio eigenthümlicher Art zur Sicherheit des Legats begründet hielt, die dem Legatar auch bezüglich einer dem Onerirten gehörigen Sache zustehen sollte. Diese Meinung ist schon Th. 46. S. 56. fg. genügend widerlegt. Diese Widerlegung trifft aber auch Puchta's Ansicht.

nung ist entschieden als unbegründet zu verwerfen. Die einzige Stütze für diesen an sich exorbitanten Lehrsatz ist nur in einem Worte der L. 1. Cod. commun. de legat. et fideicommissis zu finden, in dem Satze: censemus . . . omnibus vero tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam imponere et non solum personalem actionem praestare sed etiam in rem“ etc. Diese Stütze aber ist sehr schwächlich; denn das ausgezeichnete Wort kann durchaus nicht strenge festgehalten und so scharf betont werden, wenn es sich darum handelt, den Umfang der in rem actio zu bestimmen, da es unzählige Vermächtnisse gibt, zu deren Geltendmachung eine in rem actio, abgesehen von der hypothecaria, schlechterdings unbrauchbar wäre, und zugegeben wird, daß sie auch bezüglich des Vermächtnisses einer Sache, wenn diese einem Dritten gehört, nicht anwendbar ist. Zudem ersieht man aus dem Gesammtinhalt der Constitution und einigen Redewendungen klar, daß Justinian bei jener in rem actio nur Sachen, die dem Erblasser gehörten, im Auge gehabt hat [19]. Mit Recht nimmt daher die herrschende Meinung nur bei diesen, nicht auch bei eigenen Sachen des Vermächtnißträgers, unmittelbaren Eigenthumserwerb des Vermächtnißnehmers an [20].

19) Vgl. Th. 46. S. 61 fg.

20) Arndts in Weiske's Rechtslex. VI. S. 310. (civilist. Schriften II. S. 449). Mayer, L. v. d. Legaten S. 24 fg. E. A. Seuffert, das gesetzl. Veräußerungsverbot bei Legaten (1854) S. 41 fg. Vangerow Pand. §. 531. (7. Aufl. II. S. 459). Vgl. auch Westphal I. §. 841. Thibaut Pand. §. 908. Wening-Ingenheim Civilr. V. §. 232 (530). Mühlenbruch Pand. §. 743. Göschen Civilr. §. 1011. 1047. J. A. Seuffert Pand. §. 618. Anm. 4a. Keller Pand. §. 563. Brinz Pand. 1. Aufl. S. 940. 953. Windscheid Pand. §. 646.

Was aber vom Erwerb des Eigenthums einer vermachten Sache gesagt ist, das findet analog auch Anwendung auf den Erwerb anderer dinglicher Rechte. So wie nach altem Rechte auch Servituten per vindicationem vermacht werden konnten mit der Wirkung, daß der Legatar ohne Bestellung der Servitut durch den Erben das dingliche Recht unmittelbar kraft des wirksamen Willens des Erblassers erwarb, aber nur an einer Sache, welche selbst dieser auch per vindicationem legiren konnte, so kann nun nach Justinianischem Recht mit gleicher Wirkung in jeder Weise ein dingliches Recht vermacht werden, aber nur an einer zur Erbschaft gehörigen Sache, nicht auch an einer Sache des Erben, geschweige denn an der Sache irgend eines Dritten [21]). Doch kann auch ein dem Erblasser zu-

Baron Pand. §. 445. 450. Bering Erbrecht S. 760 fg. Tewes Erbr. II. §. 45. Roth bayr. Civilr. III. §. 397. Anm. 2. Auch Rudorff hat als Herausgeber von Puchta's Lehrb. dessen Meinung verworfen durch Nota** zu §. 541.

21) Vgl. darüber zu Anm. 20. noch insbesondre H. Dernburg, Pfandrecht I. §. 34, und Köppen in Ihering's Jahrb. für Dogmatik des Privatr. V. S. 201. Anm. 187. Der erste führt als bestätigend die Richtigkeit der oben vertheidigten Lehre noch L. 9. Cod. de testament. manum. VII. 2. an und Köppen fügt hiezu L. 112 §. 1. D. de legat. I. u. §. 16. I. de legat. II. 20., welche auch Rudorff a. a. O. anführt. Die L. 9. cit., ein Rescript von Carus, Carinus u. Numerianus, erklärt, daß der Testator einem Sclaven des eingesetzten Erben nicht, wie dem eigenen, direkt die Freiheit vermachen könne, so daß derselbe durch Antretung der Erbschaft sofort von selbst ohne Freilassung von Seiten des Herrn frei würde. Die direkte testamentarische Freilassung des eigenen Sclaven war allerdings nahe verwandt dem Vindicationslegat einer eigenen Sache des Testators. Gai. II. 196. 267. 272. Wäre schon durch L. 1. Cod. commun. de

stehendes dingliches Recht, sofern es vererblich und veräußerlich ist, Gegenstand des Vermächtnisses sein, wie das Recht der Emphyteuse und Superficies, und da muß denn consequent nach L. 1. Cod. cit., analog wie von vermachtem Eigenthum des Erblassers, behauptet werden, daß es unmittelbar dem Vermächtnißnehmer erworben werde [22]).

Es fragt sich nun, wann und wie jener unmittelbare Eigenthumserwerb des Vermächtnißnehmers vollendet eintrete?

legatis vom J. 529 n. Chr. dem Legat einer Sache des Erben die Wirkung direkten Eigenthumserwerbes beigelegt worden, so wäre die Beibehaltung jenes Rescripts im Codex repetitae praelectionis nicht zu loben. — Die beiden von Köppen angeführten Stellen betreffen den Fall, wenn der Erbe seinen Sclaven, den einem Andern zu geben ihm auferlegt war, freigelassen hatte; sie sagen, der Erbe müsse hier dem Legatar Ersatz leisten. Daraus könnte man ein Argument dafür ziehen, daß der Legatar das Eigenthum der ihm vermachten Sache nicht unmittelbar erwerbe; denn sonst würde die Freilassung von Seiten des Erben, der schon nicht mehr Eigenthümer des Sclaven war, nichtig sein. Aber dies Argument ist schwach; denn jene Stellen treffen auch den Fall, wenn der Erbe den vermachten Sclaven freigelassen, bevor dessen Eigenthum dem Legatar unmittelbar erworben.

22) Nach dem alten Recht konnte dies nicht vorkommen, weil diese Rechte nicht iuris civilis waren und daher nicht gültig per vindicationem legirt werden konnten. Dagegen konnte schon nach altem Recht per vindicationem der Erblasser an Sachen, die iure Quiritium ihm eigen waren, sowohl persönliche als Grund-Dienstbarkeiten mit gleicher unmittelbarer Erwerbwirkung, wie die Sache im Ganzen d. i. deren Eigenthum, vermachen. Vgl. Dig. de usu et usufructu et reditu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum datis XXXIII. 2. de servitute legata. XXXIII. 3. Hellfeld. §. 1533. Arndts in Weiske's Rechtslex. VI. S. 334–336. (civilist. Schr. II. S. 475–77.) Pand. §. 575.

Die Beantwortung dieser Frage für das Justinianische Recht haben wir aus Stellen desselben zu schöpfen, welche nach ihrem ursprünglichen Inhalt und Zusammenhang das Vindicationslegat im Auge hatten (als welches nach altem Recht allein solche Folge haben konnte) welche nunmehr aber nach Justinian's Constitutionen auf alle Vermächtnisse, die eine zum Nachlaß des Vermächtnißgebers gehörige Sache zum Gegenstand haben, zu beziehen sind und mit Rücksicht auf das neue Recht auch in ihrem Text durch die Verfasser der Digesten manche Aenderung erfahren haben; zu deren Verständniß aber bietet uns ein wichtiges Hülfsmittel, was wir in vorjustinianischen Rechtsquellen darüber gelehrt und berichtet finden.

Vor allem ist hier zu wiederholen und zu erweisen, was schon früher bemerkt wurde, daß unrichtig ist, was von Vielen gelehrt wurde, daß der Eigenthumserwerb des Vermächtnißnehmers von selbst schon die legati cedente, also in Folge des unbedingten Vermächtnisses einer Sache der Erbschaft der Regel nach sofort mit dem Tode des Erblassers, wenn nur diesen der Vermächtnißnehmer erlebt, eintrete [23]). Gaius II. §. 194. sagt vom legatum per vindicationem, es sei darum so genannt, quia post aditam hereditatem statim ex iure Quiritium res legatarii fit [24]); und übereinstimmend sagt eine dem

23) Vgl. oben S. 199 Anm. 2 S. 247 Anm. 100. Auch Thibaut Pand. §. 908. sagt noch: „Ist das Legat ein specielles, in der Erbschaft befindliches, so erhält der Legatar in der Regel, wenn es unbedingt ist, sofort im Augenblick des Todes des Erblassers das Eigenthum desselben", setzt aber hinzu: „insoweit, daß er es auf seine Erben transmittirt." — Insoweit? ist das schon Eigenthum?

24) In Gaii epitome II. 5. §. 1. lesen wir freilich: „quod post mortem testatoris *statim legatarius*, non exspectato herede, sibi praesumit". Aber das beweist nichts

Gaius entlehnte Stelle der Digesten: „*adita hereditate* statim servus (legatus) adquiritur legatario“, wobei Gaius voraussetzte, daß der Sclave per vindicationem gültig legirt war, während nach Justinianischem Recht es nur mehr darauf ankommt, ob der vermachte Sclave zur Erbschaft gehörte [25]). Und so wird denn in anderen Stellen der Digesten gesagt, der vermachte Sclave, welcher vor der Erbantretung getödtet worden, sei getödtet priusquam factus sit legatarii, derselbe sei bis zur Antretung der Erbschaft noch Sclave der Erbschaft, nicht des Legatars, und es werde inzwischen durch ihn der Erbschaft, nicht dem Legatar, seinem künftigen Herrn, erworben [26]). Es steht also fest und ist jetzt auch unbestritten, daß vor dem Erwerb der Erbschaft, wenn auch der Anfall des Vermächtnisses schon entschieden ist, das Eigenthum der vermachten Sache dem Vermächtnißnehmer nicht erworben wird. Aber

gegen den ächten Gaius, auch nicht, daß der Epitomator in diesem Punkte anderer Meinung war als jener. Theophilus zu §. 2. J. de legatis. II. 20. sagt übereinstimmend mit Gaius: *αὕτη δὲ βινδικατίων δεςπότην ἐποίει τὸν ληγατάριον, ἅμα τῇ τοῦ κληρονόμου ἀδιτίωνι.*

25) L. 69. pr. D. de legat. I. Gaius macht hier diesen Ausspruch, um zu erklären, daß seinem vermachten Sclaven der Erblasser gültig etwas vermachen könne. Dem eigenen Sclaven etwas zu vermachen, war sonst nichtig nach der Catonianischen Regel, weil, wenn der Testator sofort starb, das Legat nothwendig erfolglos war, weil es dem Erben selbst als jetzigem Herrn zufiel. War aber der Sclave, dem vermacht wurde, selbst einem Andern vermacht, so wurde bezüglich jenes Vermächtnisses angenommen, daß erst adita hereditate dies eius cedit und kraft des anderen Legats erwarb der Legatar adita hereditate das Eigenthum des Sclaven und damit zugleich das diesem gleichzeitig angefallene Legat. Vgl. Arndts civilist. Schften. II. S. 499 fg.

26) L. 7. §. 5. D. de dolo. IV. 3. L. 38. D. de legatis II. Vgl. oben S. 219 Note 54.

es kann dieser Erwerb auch noch darüber hinaus verschoben sein, nicht nur wenn erst noch die Erfüllung einer Bedingung des Vermächtnisses zu erwarten und darum der Anfall desselben noch ungewiß ist, sondern auch, wenn dieser bereits entschieden (dies legati cessit), das Vermächtniß aber durch eine Zeitbestimmung beschränkt ist.

Es sind zwar Bedenken dagegen erhoben worden, ob nach altem Recht per vindicationem eine Sache auch mit einer reinen Zeitbestimmung (ex die certo) wirksam vermacht werden konnte, weil dies dem absoluten Charakter des Eigenthums, das nach altem Rechte auch nicht mit Beschränkung auf eine bestimmte Zeitdauer (ad diem) vermacht werden konnte, zu widersprechen schien [27]). Aber in einer Stelle der Digesten ist von einem Eigenthumslegat ex die die Rede, wo kaum ein Zweifel möglich ist, daß deren Verfasser, Ulpian, ein Vindicationslegat vor Augen hatte [28]), und liegt also auch kein Grund vor, bei einer ande-

27) E. A. Seuffert a. a. O. S. 7. fg. vgl. Brinz in der krit. Ueberschau von Arndts u. A. II. S. 169. fg.

28) L. 9. §. 2. D. usufructuarius quemadm. cav. VII. 9. Plane si ex die proprietas alicui legata est, ususfructus pure, dicendum esse Pomponius ait remittendam esse hanc cautionem fructuario. quia certum sit ad eum proprietatem vel ad heredem eius perventuram. Demjenigen, welchen der Usus fructus ohne Aufschub, die Proprietät ex die vermacht war, sollte die Caution für Restitution der Sache (L. 1. §. 6. eod.) erlassen werden, weil gewiß war, daß er selbst oder sein Erbe künftig der Proprietar sein werde. Das aber war nur gewiß, wenn ihm die Proprietas per vindicationem legirt war. War das Vermächtniß ein Damnationslegat, so wurde der Legatar Eigenthümer erst durch Tradition, bzw. Mancipatio oder Injurecessio, und der Erbe, mit der actio legati belangt, konnte sich sogar zu quanti ea res est verurtheilen lassen. Und war auch der Nießbrauch per damnationem legirt, so konnte der Erbe der Obligatio aus diesem Legat genügen,

ren Stelle Ulpian's, wo von einem „fundus ex die legatus" die Rede ist, den Gedanken an ein Vindicationslegat auszuschließen [29]). Für das Justinianische Recht ist ohnedies die Möglichkeit eines vollkommen wirksamen Eigenthumsvermächtnisses mit Zeitbestimmung durch klaren Ausspruch des Gesetzgebers jedem Zweifel enthoben [30]), und

indem er den Usufructus in iure cedirte und sofort die Sache deducto ususfructu einem Andern mancipirte, oder, wenn die Sache eine fremde war, indem er nur den Eigenthümer bewog, selbst dem Legatar den Usufructus zu bestellen.

29) L. 1. §. 2. D. quib. mod. ususfr. amitt. VII. 4. Vgl. auch L. 72. §. 5. D. de cond. et dem. XXXV. I., wo ein Eigenthumsvermächtniß mit dem dem Vindicationslegat angehörenden Ausdruck „lego" angeführt und dann von einem certus dies incertusve legato adscriptus die Rede ist. Fitting, der Begriff der Rückziehung (1856) S. 106. Ihering in d. Jahrb. für Dogmatik d. PR. X. 506. fg. Der Letzte zieht zur Bestätigung der richtigen Meinung noch die allerdings treffende Analogie der testamentarischen Freilassung an. Der Sclave konnte testamentarisch auch ex certo die freigelassen werden, und war dann nach Antretung der Erbschaft bis dahin Statuliber. L. 1. pr. D. de statulib. XL. 7. L. 17. §. 3. D. de manum. test. XL. 4.

30) In L. 3. §. 2. Cod. commun. de legat. e fid. VI. 43, worin Justinian in Consequenz seiner L. 1. Cod. eod. die Veräußerung einer vermachten Erbschaftsache durch den Erben ausdrücklich für unwirksam erklärt, nennt er ea, quae per legatum vel pure vel sub certo die relicta sunt. Vgl. den Comment. Th. 46. S. 63 fg. Wenn Ihering in dieser L. 3. §. 2. cit. ein ausschlaggebendes Zeugniß für die Möglichkeit eines Vindicationslegats ex die nach altem Recht findet, weil sie „die Unstatthaftigkeit der Veräußerung von pure vel sub certo die legirten Sachen auf eine vetus dispositio zurückführt", so liegt dabei wohl ein Versehen zum Grunde; die Constitution

ist darin selbst der Grund der Bedenken gegen das Vindicationslegat ex die weggefallen, indem es auch ein Eigenthumsvermächtniß auf Zeitdauer zuläßt[31]). In L. 1. Cod. l. c. hat Justinian die dingliche Rechtswirkung ausdrücklich auch den Vermächtnissen beigelegt, welche einem Vermächtnißnehmer auferlegt sind, unter der Voraussetzung, versteht sich, daß sie auf Weitergeben einer jenem aus der Erbschaft zugekommenen Sache gerichtet sind[32]); und so erklärt er in L. 3. §. 2. eod. auch in diesem Fall die Veräußerung der Sache von Seiten des Beschwerten ausdrücklich für unstatthaft[33]). Wenn also dieser die ihm vermachte Sache einem Andern herauszugeben angewiesen ist, zu bestimmter Zeit, z. B. in einem Jahr nach des Erblassers Tode, oder zu unbestimmter Zeit, z. B. nach seinem, des Beschwerten, Tode (wodurch auch der dies cedens fideicommissi hinausgeschoben sein kann), so erwirbt dieser einstweilen das Eigenthum, mit dem Eintritt des

sagt gerade: Niemand solle glauben, secundum veterem dispositionem auch fernerhin noch die legirten Sachen veräußern zu können, und denkt dabei an das Recht der Damnationslegate und Fideicommisse.

31) L. 26. Cod. de legat. VI. 37. Vgl. oben S. 110.

32) „Et haec disponimus non tantum si ab herede fuerit legatum relictum sed et si a legatario vel fideicommissario vel alia persona, quam gravare fideicommisso possumus, fideicommissum cuidam relinquatur: cum enim non aliter valeat, nisi aliquid lucri offerat ei, a quo derelictum est, nihil est grave, etiam adversus eum non tantum personalem sed etiam in rem et hypothecariam extendere actionem in rebus, quas a testatore consecutus est."

33) „Nemo itaque ea, quae per legatum vel pure vel sub certo die relicta sunt vel restitui aliis disposita sunt vel substitutione posita . . . putet esse in posterum alienanda" etc.

festgesetzten Zeitpunktes aber, nicht früher, geht dann das Eigenthum auf den zweiten Vermächtnißnehmer über [34]).

Mit Recht also wird als Regel aufgestellt: Das Eigenthum der vermachten Erbschaftssache wird dem Vermächtnißnehmer erworben, wenn dies legati vel fideicommissi cessit et venit, d. i. in Folge des unbedingten und durch keine Zeitbestimmung beschränkten Vermächtnisses sofort mit dem Erwerb der Erbschaft, in Folge des bedingten, nicht vor Erfüllung der Bedingung, in Folge des unbedingten, aber an eine bestimmte Zeit gebundenen Vermächtnisses erst mit Eintritt des bestimmten Zeitpunktes [35]). Und nach dieser Regel ist denn analog auch der Zeitpunkt des Erwerbs aus der Erbschaft oder an Sachen der Erbschaft vermachter anderer dinglichen Rechte zu bestimmen.

Nun aber ist noch eine andere streitige Frage zu erörtern, ob nehmlich in dem bezeichneten Zeitpunkte das Eigenthum der vermachten Erbschaftssache dem Vermächtnißnehmer von selbst (ipso iure) ohne sein Wissen und Wollen erworben werde, wie oben S. 202 fg. dargethan ist, daß der Anfall des Vermächtnisses ipso iure stattfinde? oder ob der Eigenthumserwerb erst durch die erklärte Annahme des Vermächtnisses von Seiten des Vermächtnißnehmers, der unzweifelhaft dasselbe ablehnen kann, sich vollziehe?

Die letzte Meinung ist in früherer Zeit schon von hochangesehenen Autoritäten der Rechtswissenschaft vertreten

34) Vgl. Jhering a. a. O. S. 508. fg.

35) Arndts Pand. §. 560. Auch Brinz Pand. 1. Aufl. S. 954., obwohl er es auffallend findet, daß der dies, „der ja sonst doch nur die Geltendmachung, nicht das Recht des Vermächtnisses aufhält, hier den Erwerb des Eigenthums selbst aufschieben soll,“ muß es doch nach L. 9. §. 2. cit. (Anm. 28) als richtig zugeben.

worden, von den beiden Heroen der französischen Juristenschule des 16. Jahrhunderts. Cuiacius hat sie in der Exegese zu verschiedenen Stellen der Digesten energisch vertheidigt. Daß das Eigenthum selbst dem unkundigen Vermächtnißnehmer sofort von selbst erworben werde, scheint ihm unvereinbar mit dessen Recht, das Vermächtniß abzulehnen, und nur zwei scheinbar widersprechende Stellen findet er (L. 19. D. quemadm. serv. amitt. VIII. 6. und L. 5. §. 8. D. de reb. eor. XXVII. 9.), diese aber beseitigt er durch die Bemerkung, daß wohl nur die actio legati dem Unkundigen erworben sei, nach L. 15. D. de R. J. aber „is qui actionem habet ad rem reciperandam, ipsam rem habere videtur". Er erklärt daher, daß durch die Erbantretung zunächst nur die Delation des Vermächtnisses bewirkt werde, welche den Legatar in die Lage setze, die vermachte Sache zu erwerben oder abzulehnen[36]. Mit der Ansicht des Cuiacius stimmt auch die Darstellung des Donellus überein, der übrigens die von jenem leichtfertig beseitigten Stellen gar nicht berücksichtigt[37]. Die Glosse dagegen hatte constant gelehrt, das Eigenthum werde dem Legatar ipso iure oder recta via erworben, und nur dieser Erwerb wieder rückgängig gemacht, wenn der Legatar das Vermächtniß hinterher ablehne[38]. Und diese Ansicht war auch später in der ge-

36) Cuiac. ad L. 16. D. qui test. fac. poss. XXVIII. 1. (opp. I. col. 1046), ad L. 38. §. 1. L. 44. §. 1. D. de legat. I. (opp. VII. c. 1020. 1030), ad L. 32. 77. §. 3. D. de legat. II. (opp. VII. c. 1135. 1240. IV. c. 1146).

37) Comment. iur. civ. lib. VIII. cap. 18. §. 1. sq. Vgl. Voet ad pand. lib. XXX—XXXII. §. 39.

38) Die Glosse zu L. 80. D. de legat. II. sagt vom Erbschaftserwerb „ibi tamen est necessaria aditio" im Gegensatz zum Legat, das „etiam ignoranti" erworben werde, und verweist dabei auf L. 77. §. 3. eod. L. 5. §. 8. D.

meinrechtlichen Doktrin bis zu unserer Zeit die herrschende, die nur vielfach mit der unrichtigen Meinung sich verflocht, daß der Erwerb schon die legati cedente, also zufolge unbedingten Legats schon mit dem Tode des Erblassers eintrete[39]). Nun wurden wir durch die echten Institutionen des Gaius (1820) belehrt, daß die vorliegende Frage schon eine Streitfrage unter den Schulen der römischen Juristen gewesen ist. Wir lesen dort im Comm. II. §. 195. bezüglich des Vindicationslegates:

In eo solo dissentiunt prudentes, quod Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores

de reb. eorum. XXVII. 9. L. 7. §. 5. D. de dolo. Sie erklärt in demselben Sinn diese Stellen, sowie L. 19. §. 1. D. quemadm. serv. amitt. L. 7. §. 9. Cod. de curat. fur. L. 16. §. 1. D. qui test. fac. Zu der letzten Stelle erwähnt sie zwar: „sed quidam dicunt tunc demum quum agnovit," setzt aber hinzu: „sed tunc dic irrevocabiliter."

39) So z. B. sagt Lauterbach im colleg. theoret. practicum lib. XXX—XXXII. §. 44: Etiam ignoranti . . . acquiritur dominium tempore mortis — tantum iuris fictione ad effectum transmissionis — veritate et effectu ex tempore aditae hereditatis —, setzt jedoch hinzu: subest tamen tacita conditio, *si legatum non repudiaverit*, und unterscheidet so ein triplex dominium: fictum — a morte testatoris —, verum (aber revocabile) — ab adita hereditate ad agnitionem —, irrevocabile — non facta repudiatione. Aehnlich Höpfner Comment. über die Institut. II. 20. §. 584. Vgl. übrigens Huber praelect. ad Instit. II. 20. in f. Berger oecon. iur. (edit. 7.) pag. 291. Madihn principia iur. civ. p. IV. §. 237. Hellfeld und Westphal a. a. O. (welcher letzte §. 841. als besondere Abhandlung anführt: Schneider de dominio rei legatae ipso iure transeunte), u. a., auch Thibaut Pandekten in den älteren Ausgaben §. 757.

quod ita legatum sit, statim post aditam hereditatem putant fieri legatarii, etiamsi ignoret sibi legatum esse dimissum, et posteaquam scierit e . . . . . . legatum, perinde esse atque si legatum non esset. Nerva vero et Proculus ceterique illius scholae auctores non aliter putant legatarii fieri quam si voluerit eam ad se pertinere [40]).

Demnach behauptete also die Schule der Sabinianer, das Eigenthum der per vindicationem legirten Sache werde sofort nach Antretung der Erbschaft auch dem unwissenden Legatar erworben; wenn aber dieser das Legat ablehne, so sei dasselbe als nicht hinterlassen und somit der Eigenthumserwerb als nicht geschehen anzusehen. Die Proculianer dagegen waren der Ansicht, daß der Legatar erst durch die Annahme des Legats das Eigenthum erwerbe, und in der Zwischenzeit nach Antretung der Erbschaft einstweilen die Sache Niemand gehöre, wie Gaius nachträglich in §. 200 anführt. Derselbe fügt aber in §. 195. noch hinzu:

Sed hodie ex divi Pii Antonini constitutione hoc magis iure uti videmur quod Proculo placuit; nam cum legatus fuisset Latinus per vindicationem coloniae, „Deliberent“, inquit, „decuriones, an ad se velint pertinere, perinde ac si uni legatus esset.“

Einer Colonie war per vindicationem ein Latinus vermacht. Der war freilich keine Sache, nicht ex iure

40) Der Text ist nach dem vortrefflichen Apographum codicis Veronensis von Studemund (Lipsiae 1874). Ueber die Lücke nach *scierit*, vgl. unten S. 271. Anm. 46. Ueber das Wort *dimissum* vgl. Huschke iurisprud. anteiust. edit. 3. pag. 163., wo es gewiß mit Recht als ein nicht classisches Glossem verworfen wird.

Quiritium dem Testator gehörend; nach der lex Junia war er ein Freier. Aber er starb gleichsam noch als Sclave, insofern, als nach jenem Gesetze dessen Vermögen gleichwie ein Peculium seinem Manumissor oder dessen Erben anheimfallen sollte [41]). Dieses aus unvollkommener Freilassung des Sclaven entstandene Anrecht auf den künftigen Nachlaß desselben war in Form eines Vindicationslegats des Freigelassenen, gleichsam als ob dieser insoweit noch ex iure Quiritium servus des Testators wäre, einer Colonie vermacht. Dieses Legat gab Anlaß zu einer Anfrage bei dem Kaiser Pius Antoninus, der darauf es dem Beschluß der Decurionen anheimstellte, ob sie das Vermächtniß für die Colonie annehmen wollten, wie es sonst dem einzelnen Legatar zustände, sich darüber zu entscheiden. Darin nun meinte Gaius, eine praktische Anwendung und kaiserliche Billigung der Proculianischen Ansicht über den Erwerb der per vindicationem legirten Sache zu finden. Wunderlich. Konnte ja doch auch nach der Sabinianischen Ansicht von einem Ueberlegen des Legatars, ob annehmen? ob ablehnen? sehr wohl die Rede sein. Und in dem vorliegenden Falle konnte nicht, als wenn ein wirklicher Sclave vermacht war, von einem ipso iure eintretenden Eigenthumserwerb die Rede sein, sondern nur von einem Anrecht, dessen Verwirklichung noch zu erwarten war. Vielleicht war auch die Gültigkeit des Legats fraglich, sei es überhaupt, weil man gegen die Veräußer-

41) Gai. III. §. 56. Es heißt dort a. E. nach Studemund's Apographum: itaque iure quodammodo peculii bona Latinorum ad manumissores ea lege pertinent. Anstatt der früher unleserlichen Worte „ea lege" hatte Huschke in der iurisprud. anteiust. edit. 3. pag. 283. vorgeschlagen zu lesen „ex iure Quiritium." Uebrigens vgl. Gai. l. c. §. 57. mit I. §. 17. fg. Dosithei de manumiss. fragm. §. 6.

lichkeit des durch die lex Junia dem Patron des unvollkommen Freigelassenen vorbehaltenen Rechts Bedenken hatte, sei es in der Eigenschaft eines Vindicationslegats, weil ja hier nicht eine Sache, die zur Zeit der Testamentserrichtung und zur Zeit des Todes des Testators ex iure Quiritium diesem gehörte, vermacht war [42]), zudem auch damals noch nicht lange her anerkannt war, daß und in welcher Maße Stadtgemeinden ein Legat gültig hinterlassen werden könne, und vermuthlich noch Antoninus Pius sich veranlaßt sah, durch ein Rescript zu entscheiden, daß auch Dörfern gültig legirt werden könne [43]). So kann wohl mit Recht gesagt werden, daß das Bedeutende in der von Gaius a. a. O. angezogenen Constitution Antonin's nur in der Anerkennung der Gültigkeit des Legates und des Beschlusses der Decurionen als der Repräsentanten der Colonie, über Annahme oder Ablehnung desselben gelegen sei [44]). Kaum glaublich ist, daß diese kaiserliche Ent-

42) Von einem Vermächtniß solchen Inhalts gibt uns Kunde ein Brief des jüngeren Plinius an Trajan (lib. X. epist. 105). „Valerius, Domine, Paulinus," schreibt jener, „excepto uno, ius Latinorum suorum mihi reliquit," und erbittet sich für drei derselben vom Kaiser die Verleihung des ius Quiritium. Nicht „Latinos suos," sondern „ius Latinorum suorum", heißt es, „mihi reliquit"; in welcher Weise, ob durch dolegolegatum? ob durch Fideicommiß? wird nicht gesagt. Aus der Antwort des Kaisers aber: „cum honestissime iis, qui apud fidem tuam a Valerio Paulino depositi sunt, consultum velis," läßt sich schließen, daß ein Fideicommiß vorlag.

43) Ulpiani fragm. XXIV. §. 28. L. 73. §. 1. D. de legat. I.

44) Arndts in Weiske's Rechtslex. VI. S. 324. Anm. 363. (civilist. Schr. II. S. 465), vgl. Fitting im Arch. f. civ. Prax. XLII. S. 163. — In einer Abh. von Binding über die Entwickelung der Erbfähigkeit juristischer Personen,

scheidung und des Gaius betreffende Bemerkung den Sieg der Proculianischen Ansicht über die Sabinianische herbeigeführt habe. Ungeachtet derselben konnte sich daher unter uns lange Zeit unbestritten die herrschende Meinung erhalten, daß in der Folgezeit vielmehr die Sabinianische Ansicht das Uebergewicht gewonnen habe, daß namentlich im Justinianischen Recht diese entschieden anerkannt worden sei [45]). Erst im Jahr 1857 wurde dagegen die Meinung aufgestellt, daß durch die Constitution von Antoninus Pius die Sabinianische Ansicht verdrängt, die Proculianische zur herrschenden erhoben und so denn auch im Justinianischen Recht aufgenommen worden sei [46]). Der Verfasser gründet sich hauptsächlich auf den Satz in L. 1. §. 7. D. de successorio edicto. XXXVIII. 9.: „quod adquisitum est repudiari non potest.“ Darnach habe, sagt er, wer der Sabinianischen Ansicht gemäß ipso iure Erwerb der per vindicationem vermachten Sache annahm, nicht von repudiatio legati reden können, sondern nur von Auf-

in d. Zeitschr. für Rechtsgeschichte von Rudorff u. a. VIII. S. 300 wird die Sache so dargestellt, als ob Proculus und seine Schüler eben in dem Streit zwischen ihnen und den Cassianern „über den Erwerb eines Vindicationslegats für eine Stadtgemeinde diesen Erwerb ausdrücklich von einer vorgängigen Erklärung, annehmen zu wollen, abhängig gemacht hätten,“ und dieser Meinung dann Antoninus Pius mit dem von Gaius angeführten Ausspruche beigetreten sei. Das ist eine Ausmalung des Streitfalles, zu welcher §. 195. cit. nicht den Stoff gibt.

45) Vgl. die Allegate bei Fitting a. a. O. S. 148. Anm. 1.

46) So in einer kleinen Schrift von K. M. Pöschmann (Oberappellationsrath in Dresden): Observationum ad ius ante-Justinianeum et Justinianeum triga, Lipsiae 1857. diss. I. Die Schrift wurde beifällig recensirt von G. Dietzel in der Heidelberger krit. Zeitschrift für d. ges. Rechtsw. V. S. 554. fg.

geben des Erworbenen, und dafür, glaubt er, sei ein passender Ausdruck gewesen „deponere legatum“, und sei die unleserliche Lücke in Gai. II. §. 195. zu ergänzen: *et deposuerit legatum* [47]). Die beiden Ausdrücke: „repudiare“ und „deponere“ schienen ihm eine treffende Terminologie entsprechend der Proculianischen, bezw. der Sabinianischen Ansicht, bezeichnend das Ablehnen des Erwerbs nach jener, das Aufgeben des Erworbenen nach dieser. Nachdem aber die Proculianische Ansicht gesiegt und so auch im Justinianischen Recht Aufnahme gefunden, soll das Wort deponere durch Interpolationen der Compilatoren beseitigt worden und nur in einer Stelle aus Versehen stehen geblieben sei. [48]).

Diese Ausführung war jedoch nicht geeignet, die bis dahin herrschende gemeine Meinung zu erschüttern. Vorerst

47) Vgl. oben S. 367 Anm. 40. In der Ausgabe des Gaius von Göschen (1824) war als sichere Lesung nur aufgenommen: „scierit et . . . . . . . . . . tum“. Böcking ergänzte „*spreverit leg*atum;“ Huschke „*repulerit* tum.“ Dafür nun setzte Pöschmann „*deposuerit leg*atum: auf die Wahl dieses Wortes aber verfiel er durch die Schlußworte der L. 8. D. de reb. cred. XII. 1. „cum repudiatum aut adpositum“, wo das letzte unzweifelhaft unrichtig und am leichtesten durch „depositum“ zu berichtigen sei.

48) In L. 8. D. cit. In dieser Stelle, glaubt übrigens Pöschmann (von der Ansicht ausgehend, daß jener Schulenstreit nur auf das Vindicationslegat sich bezogen habe, bei anderen Legaten auch von den Sabinianern Annahme vorausgesetzt worden sei) habe Julian, der Sabinianer, nur in Rücksicht auf die Verschiedenheit der Legate repudiatum und depositum unterschieden, dieses bezüglich des Vindicationslegates, jenes bezüglich anderer Legate, wogegen Dietzel a. a. O. darin nur die Terminologie der beiden Schulen erkennt. Julian kann dort wirklich nur ein Vindicationslegat im Sinn gehabt haben.

ist es sehr unwahrscheinlich, daß das Wort deponere in gewissermaßen technischer Bedeutung für das Aufgeben eines ipso iure erworbenen Legats bei den classischen Juristen der Sabinianischen Schule gebräuchlich gewesen sei. In einer ganz anderen Bedeutung war das Wort den Juristen sehr geläufig. Außerdem kommt es wohl auch vor in dem Sinn von Aufgeben = Niederlegen oder Ablegen, z. B. imperium, dignitatem, officium deponere [49]); aber nur in einer Stelle unseres Wissens findet es sich in obigem Falle verwandter Beziehung, bedeutend das Aufgeben von erworbenem Gut, und hier hat man nicht ohne Grund vorgeschlagen, statt deposuit zu lesen deprompsit [50]). Völlig unsicher ist die Lesart *depositum* in L. 8. D. de reb. cred. [51]), und bei Gai. II. §. 195. ist gewiß nicht zu ergänzen *deposuerit* [52]). Spernere

49) L. ult. D. de off. procons. I. 16. L. un. D. de off. praef. Aug. I. 17. L. 13. D. de adopt. I. 7. L. 5. §. 2. D. depositi. XVI. 3. Brisson. de verb. significat. v. *deponere*.

50) L. 5. §. 13. D. de donat. int. v. et u. XXIV. 1. „neque enim pauperior fit, qui non acquirat, sed qui de patrimonio suo deposuit.“ Brissonius erklärt es als deminuere (nach L. 6. D. quae in fraud. cred. XLII. 8.). Mommsen proponirt *deprompsit*. Vgl. jedoch auch L. 34. pr. D. de a. v. am. poss. XLI. 2. „animo deponere et mutare possessionem“.

51) Vgl. die Digesten von Gebauer-Spangenberg ad L. 8. cit. nota 41. Schulting-Smallenburg ad h. l. Mommsen's Digesta Just. Aug. Vol. I. pag. 358. Der letzte deutet in not. 2. als eine von Blume empfohlene Lesart für *adpositum* an *amissum*. Dabei ist ein Versehen begangen, Blume hat im Rhein. Mus. f. Jurisprudenz IV. 385. fg. *omissum* vorgeschlagen.

52) In Studemund's Apographum erscheint als nicht sichere Lesung angedeutet: *etceerit lega*tum; die unsicheren Zeichen

legatum [53]) konnte auch vom Standpunkt der Sabinianer sehr wohl gesagt werden, um die Ablehnung des Legats zu bezeichnen; kann man doch verschmähen, auch was man schon in Händen hat. Aber auch repellere, repudiare legatum kann im Munde eines Sabinianers nicht verwundern, wo es sich nur darum handelte, einen ipso iure angefallenen Erwerb nicht durch Annahme sich gefallen zu lassen, den darin gebotenen Gewinn von sich abzulehnen, respuere, aspernari liberalitatem, die nolenti non potest acquiri; sagte man doch repudiare sponsam, uxorem, die Braut, mit der man schon verlobt, die Gattin, mit der man schon verehelicht war, abweisen: warum sollte nicht selbst der Sabinianer sprachrichtig sagen können repudiare legatum? Dagegen kann auch der kurze Satz in L. 1. §. 7. D. de succ. ed. kein Bedenken erregen. Hier ist die Rede von der bonorum possessio, die auf Begehren einer Partei causa cognita durch ein Decret des Prätors jener verliehen wird, daher decretalis bonorum possessio. Diese, sagt Ulpian, kann nicht repudiirt werden: nicht vor dem prätorischen Dekret, weil sie bis dahin noch nicht delata ist; nicht nach erfolgtem dem Gesuch entsprechenden Decret, weil sie dadurch sofort erworben ist und das erworbene Recht nicht mehr repudiirt werden kann. Die Partei hat durch ihr Gesuch den Willen an den Tag gelegt, die bonorum possessio zu erlangen und ein ihr günstiges Decret des Prätors erwirkt; nun hat sie die b. p. wirklich erlangt; sie kann nicht den Prätor gleichsam zum Besten haben und die b. p. doch nicht wollen, so wenig wie sie die agnoscirte und vom Prätor ohneweiters

deuten nicht auf *deposuerit*, eher auf *reiecerit* oder *repulerit* oder *spreverit*.

53) Dies Wort findet sich außer in L. 6. D. de legat. II. auch in §. 8. J. de legat. II. 20. gebraucht.

zugegebene edictalis b. p. noch wieder ablehnen konnte. Aus dieser Stelle zu folgern, daß es durchaus begriff- und sprachwidrig gewesen sei, im Sinne der Sabinianer nach Antretung der Erbschaft noch von repudiatio legati zu reden, daß daher in den von Sabinianern herrührenden Stellen der Digesten das Wort repudiare in solchem Zusammenhang nur durch Interpolation eingeschwärzt und eben daraus der Sieg der Proculianischen Ansicht im Justinianischen Rechte zu erkennen sei, dazu ist man wahrlich nicht berechtigt, und sollte man sich durch die Warnung der L. 1. D. de R. I. von solcher Auslegung der Quellen wohl abhalten lassen.

So ist denn auch der Schrift von Pöschmann und deren genehmigender Anzeige von Dietzel alsbald Fitting mit einem scharfen Widerlegungsversuch entgegengetreten [54]. Der Verfasser zeigt, in Uebereinstimmung mit obigen Bemerkungen, daß die von Pöschmann vorgebrachten Gründe durchaus ungenügend sind, dessen damals fast neue Meinung zu unterstützen und sucht dann nachzuweisen, daß wirklich, wie die damals herrschende Meinung war, im Justinianischen Recht die Ansicht der Sabinianer recipirt worden sei. Allein schon zwei Jahre nachher erschien eine ausführliche Abhandlung von A. Köppen über denselben Gegenstand, welche mit Pöschmann's Meinung wesentlich übereinstimmt und eingehender als dieser durch Exegese der Quellen zu erweisen sucht, daß die nach der Andeutung des Gaius durch Antoninus Pius gebilligte Ansicht der Proculianer seitdem entschieden die Herrschaft gewonnen habe und allein auch als die im Justinianischen Recht recipirte zu achten sei [55]. Auch diese

54) im Arch. für civ. Prax. XLII. S. 147—167. (1859).

55) in den Jahrbüchern für die Dogmatik des Privatrechts von Gerber und Jhering V. 4. „zur Lehre vom Erwerb

Abhandlung hat alsbald eine ausführliche Gegenschrift hervorgerufen, welche wieder die bisher herrschende Meinung vertheidigt und von vielen Seiten zustimmend aufgenommen worden ist [56]), wogegen ein hervorragender Civilist sich mit Köppen's Widerspruch gegen jene ganz einverstanden erklärte [57]). Und dann hat Köppen selbst auch noch wieder in anderem Zusammenhang und zum Theil von anderem Gesichtspunkt ausgehend jene seine Meinung vertheidigt [58]). Die Fortsetzung des Glück'schen Commentars kann sich hiernach nicht einer genauen Prüfung der Ausführungen Köppen's entschlagen. Es scheint aber zweckmäßig, dabei die beiden Abhandlungen des genannten Gelehrten (in d. dogmat. Jahrb. V. 4. und XI. 2.) getrennt zu halten, und erst nach vollendeter Prüfung der ersten zu untersuchen, ob und in wiefern deren Ergebniß nach der zweiten einer Berichtigung unterliege.

der Erbschaft und des Vermächtnisses" S. 125—221., insbesondere die Vermächtnisse betreffend S. 184 fg. (1861); dazu eine nachträgliche Berichtigung S. 377., betreffend die nächstvorhergegangene Literatur über diese Lehre, die der Verfasser in der Abhandlung noch nicht beachtet hatte.

56) Crafft v. Crailsheim, im Arch. für civ. Prax. XLVII. 21. „zur Lehre vom Erwerbe der Vermächtnisse" S. 368—406. (1864).

57) Jhering in dens. Jahrb. X. S. 479. Anm. 96. Mit Pöschmann und Köppen übereinstimmend erklärte sich auch J. Baron, die Gesammtrechtsverhältnisse im röm. Recht (1864) S. 427. 435. Dieser aber lehrt in seinem Lehrb. d. Pand. (1872) §. 443. 445. 450. anders.

58) in den dogmat. Jahrb. XI. S. 182—185. 200—218.), im Zusammenhang einer Abhandlg. über den obligatorischen Vertrag unter Abwesenden, die in §. 2. und 3. im Allgemeinen die successive Entstehung von Rechtsgeschäften und Rechtsverhältnissen erörtert und dabei a. a. O. auch auf den Erwerb von Vermächtnissen eingeht.

Schon in der ersten Abhandlung stellte der Verfasser Delation der Erbschaft, soferne der Berufene nicht necessarius heres ist, und Delation des Vermächtnisses als wesentlich gleichartig nebeneinander, jene bei unbedingter Berufung eintretend mit dem Tode des Erblassers, diese bei unbedingtem und nicht betagtem Vermächtniß mit Antretung der Erbschaft; jene das Recht gewährend, die Erbschaft anzutreten oder auszuschlagen (Erbrecht), diese das Recht, das Vermächtniß anzunehmen oder abzulehnen (Recht des Vermächtnisses oder auf das Vermächtniß), das letzte nur dadurch von dem ersten verschieden, daß es, wenn der Gegenstand des Vermächtnisses vererblich ist, post diem legati cedentem auch den Erben zukommt, während eine Transmission der Delation der Erbschaft auf die Erben des Berufenen nur ausnahmsweise stattfindet. Beide Rechte sind noch nicht erworbene Vermögensrechte; der Verfasser nennt sie Familienrechte, Rechte von familienrechtlichem Charakter. Diese Bezeichnung und Charakteristik ist mit Grund beanstandet worden [59]); es kommt darauf nichts

59) Köppen S. 129. nennt es einen Grundsatz, daß, wer in keinem Familienbande zum Erblasser stehen, auch lege wie testamento kein Erbrecht an seinem Nachlaß erwerben kann, und findet diesen Grundsatz bezeugt durch den Umstand, daß die Erbfähigkeit nicht blos commercium sondern auch connubium zur Voraussetzung hatte. „Daher waren Latini erbunfähig." Dagegen bemerkt Crailsheim a. a. O. S. 373. fg., daß nur von den Latini Juniani bezeugt ist, daß sie nicht hereditatem legataque capere konnten, obwohl cum iis testamenti factio erat und deren Erbeinsetzung gültig war, und zwar jenes auf ausdrücklicher Bestimmung der lex Junia beruhte. Gai. I. §§. 22—24. II. 110. Ulp. XX. §. 8. XXII. §. 3. Daß Latini coloniarii, die auch nur commercium, nicht connubium hatten, nicht ex testamento einen römischen Bürger wirklich beerben konnten, ist weder erwiesen noch auch nur wahr-

an. Die Frage, die uns hier beschäftigt, ist nur die: ist es wahr, daß durch Vermächtniß, nachdem dies legati cessit et venit, dem Vermächtnißnehmer nicht ohne weiters ein wirkliches Vermögensrecht erworben wird, so lange er nicht seinen Erwerbwillen an den Tag gelegt hat? Nun ist es gewiß, daß Sabinus und Cassius und deren Schüler wenigstens bezüglich des Vindicationslegates anderer Meinung waren. Die Frage stellt sich also dahin, und nur damit werden wir uns zunächst zu befassen haben: ist es wahr, daß die späteren Sabinianer von jener Ansicht ihrer Schule abgegangen sind? daß die entgegengesetzte Ansicht der Proculianer die Herrschaft behauptet hat und so denn im Justinianischen Recht nach Verschwinden der alten Unterschiede der Vermächtnisse der Lehrsatz gelte, daß das Eigenthum einer aus der Erbschaft vermachten Sache niemals ipso iure dem Vermächtnißnehmer erworben wird, sondern erst durch ausdrücklich oder stillschweigend erklärte Annahme des Vermächtnisses?

Prüfen wir also die Beweise, welche Köppen für die Bejahung dieser Frage beibringt. Er führt zuerst als überzeugendsten Beweis dafür, daß mit dem Erwerb der petitio legati noch keine Vermögensacquisition sich verbinde [59a]),

scheinlich; denn alsdann hätte es die lex Junia nicht ausdrücklich den Latinis Junianis abzusprechen gebraucht, und aus Cic. pro Caecina cap. 35. läßt sich höchstens abnehmen, daß jene Capacitas auch wohl schon einer alten lateinischen Colonie durch besonderen Beschluß entzogen sein konnte. Wie unwahrscheinlich ist es, daß in der Kaiserzeit die zahlreichen Angehörigen latinischer Colonien, z. B. in Spanien, welche durch Bekleidung von Aemtern das römische Bürgerrecht erlangt hatten, nicht mehr ihre latinischen Mitbürger ex testamento beerben oder von ihnen beerbt werden konnten!

59a) In so weit könnten wir dem Verfasser zustimmen, wenn er nur an das durch den dies legati cedens entschiedene

sondern daß auch sie nur die Delation einer solchen enthalte, den Umstand an, daß nach L. 3. §. 1. D. de adim. legat. XXXIV. 4. L. 25. (26.) pr. D. ad Sc. Treb. XXXVI. 1. die Substituten des Legatars dessen Erben ausschließen sollen, wenn derselbe „die Agnition versäumt.“ Die oben S. 233—243 vorgetragene Erläuterung dieser Stellen ergibt, daß sie nicht im mindesten überzeugenden Beweis für jenen Satz geben, vollends nicht dafür sprechen, daß das Eigenthum der per vindicationem legirten Sache dem Legatar nicht ipso iure erworben werde. Eine weitere Bestätigung seiner Theorie findet Köppen sodann darin, daß, wie der insolvente Erbe die Erbschaft, so auch der insolvente Legatar das Vermächtniß repudiiren kann, ohne sich dadurch einer alienatio in fraudem creditorum schuldig zu machen, womit nach Ulpian's Angabe auch Julian, der Sabinianer, einverstanden war[60]), und dem entsprechend von denselben Juristen auch die Ablehnung eines Vermächtnisses von Seiten des freigelassenen Legatars nicht als alienatio in fraudem patroni anfechtbar gehalten wurde, die durch Ablehnung eines Vermächtnisses bestellte Dos nicht als dos profectitia, die solcher Weise gegen den Ehegatten geübte Liberalität nicht als nichtige donatio inter virum et uxorem angesehen wurde[61]). Dieses sehr scheinbare schon von Cuiacius geltend ge=

Recht auf das Vermächtniß dächte vgl. oben S. 248; aber von Delation und Agnition, wie folgt, kann erst die Rede sein, wenn dies legati venit.

60) L. 6. §. 4. quae in fraud. cred. XLII. 8. Sed illud probandum, si legatum repudiavit, cessare edictum, quod Julianus quoque scribit.

61) L. 1. §. 6. D. si quid in fraud. patroni. XXXVIII. 5. L. §. 5. D. iure dot. XXIII. 3. L. 5. §. 14. D. de donat. int. v. et u. XXIV. 1.

machte Argument hat ebenfalls nach dem, was schon Fitting a. a. O. S. 159 fg. darüber bemerkt und Crailsheim a. a. O. S. 381. fg. gegen Köppen ausgeführt hat, keineswegs überzeugende Kraft. Nach der Ansicht der Sabinianer konnte immerhin der Legatar durch Ablehnung des Legats den ipso iure ihm angefallenen Eigenthumserwerb völlig vernichten; es ist daher begreiflich, daß sie die Abweisung der ihm vom Testator zugedachten Liberalität wohl auch als ein Nicht-Erwerben, als eine Vereitelung des Erwerbes auffaßten, als ein Verhindern des Zuwachses zu seinem Vermögen, nicht als Veräußerung des vollkommen erworbenen Eigenthums ansehen mochten, begreiflich insbesondre, daß sie unter diesem Gesichtspunkte in jener Ablehnung nicht eine alienatio in fraudem creditorum oder patroni erkennen wollten. Ja, die Art, wie Ulpian in L. 1. §. 6. cit. seine Billigung der Julianischen Meinung, daß in der repulsio legati nicht eine alienatio in fraudem patroni liegt, rechtfertigt, hat ganz den Charakter der Abwehr eines Bedenkens, das man vom Standpunkt der Sabinianischen Ansicht gegen jene Meinung erheben konnte:

„quamvis enim legatum retro nostrum sit, nisi repudietur, attamen, cum repudiatur, retro nostrum non fuisse palam est“;

obgleich dem Legatar das Eigenthum ab adita hereditate erworben ist, sofern er nur nicht ablehnt, so ist es doch, wenn er ablehnt, ausgemacht, daß er es nicht gehabt hat. Nach der Proculianischen Theorie bedurfte es solcher Rechtfertigung nicht und wäre diese geradezu unpassend; das Nichterwerben einer Sache, die mir noch gar nicht gehört, kann doch von Niemand als ein Veräußern derselben angefochten werden. So sollte auch in L. 6. §. 4. cit. der Zusatz: „quod Julianus quoque scribit“, vielleicht nur andeuten, daß auch dieser berühmte Sabinianer mit

der Ansicht seiner Schule das vorher Gesagte wohl vereinbar gefunden habe. Ablehnen des Legats ist ein non admittere liberalitatem, das, wie Ulpian in L. 1. §. 6. cit. sagt, auch in ceteris liberalitatibus nicht gegen die lex Faviana verstieß, z. B. Ablehnen einer Schenkung. Es war eine wohlberechtigte Auslegung jenes Gesetzes, daß der Freigelassene nicht genöthigt sein sollte, ein ihm von wem und unter welchen Modalitäten oder Lasten immer hinterlassenes Vermächtniß anzunehmen, sofern es nur einen Ueberschuß an Gewinn brachte; man hätte dann consequent auch behaupten müssen, daß der Freigelassene sich gegen die lex Faviana verfehle, wenn er sich's nicht wollte gefallen lassen, daß ein Anderer sich rühmen konnte, durch seine Liberalität ihn von einer Schuld befreit zu haben, indem er donandi animo dieselbe gezahlt habe [62]).

Dagegen hat nun Ulpian in L. 5. §. 8. D. de reb. eor. XXVII. 9., wo es sich um den Schutz des Pupillen gegen Verlust handelte, in der Ablehnung des ihm hinterlassenen Vermächtnisses eines Grundstückes offenbar eine Veräußerung des Grundstückes gesehen, indem er sagt:

> Fundum autem legatum repudiare pupillus sine praetoris auctoritate non potest: esse enim et hanc alienationem, cum res sit pupilli, nemo dubitat.

Dieser Ausspruch benimmt nicht nur den obigen Stellen alle Beweiskraft für die Ansicht Köppen's, sondern steht ihr entscheidend entgegen. In der Art, wie Cuiacius es versuchte [63]), konnte sich Köppen dieses Arguments für den Ipso-iure-Erwerb der per vindicationem vermachten Sache nicht erwehren; denn er nimmt auch bezüglich der persönlichen Vermächtnißklage nicht, wie jener,

62) Vgl. Arndts Pand. §. 80. Anm. 3.
63) Vgl. oben S. 265.

an, daß sie selbst dem unwissenden Legatar, also schon vor der Agnition des Legats, erworben werde. Aber die Art, wie Köppen die Stelle abfertigt (S. 189. Anm. 169), ist fast noch schwächlicher als jene; er beruft sich auf L. 5. pr. D. de V. S., welche sagt: Rei appellatio latior est, quam pecuniae, quia etiam ea, quae extra computationem patrimonii nostri sunt, continet; daher sei res pupilli auch das Recht des Vermächtnisses, das noch kein Vermögensrecht sei: daher, so sagt der Verfasser im Text: „bedarf der Vormund keines Alienationsdecrets, um ein Vermächtniß seines Mündels zu repudiiren, und wenn der Mündel selbst dazu unfähig ist, so hat dies auch hier seinen Grund darin, daß ihm über alle, nicht blos seine Vermögensrechte die Disposition entzogen ist." Darnach sollte man fast glauben, der Verfasser habe in L. 5. §. 8. cit. gelesen: „sine tutoris auctoritate". Aber die Note dazu gibt den richtigen Text an: „sine praetoris auctoritate", und so sagt die Stelle gerade, daß der Pupill — selbstverständlich cum auctoritate tutoris oder auch der Tutor an seiner Statt — nicht ohne ein prätorisches Alienationsdecret den vermachten Fundus repudiiren könne. Nun war aber nach der Oratio des Severus, die Ulpian allein im Auge haben konnte, nur zur Veräußerung eines dem Mündel gehörenden praedium rusticum oder suburbanum ein obrigkeitliches Decret erforderlich. Daher konnte, wie in L. 5. §. 8. cit. geschieht, die Ablehnung des Vermächtnisses unter jene Oratio nur nach der Ansicht gestellt werden, daß das vermachte Grundstück dem Pupillen schon erworben sei[64]).

Meinerseits konnte ich mich eines Erstaunens nicht erwehren, als ich unmittelbar nach Anführung der L. 5. §. 8. cit. S. 189 fg. las: „daß es einer Agnition zum

64) Vgl. Crailsheim a. a. O. S. 383 fg.

Erwerb des vermachten Rechts bedarf, . . . darüber lassen die Quellen in der That keinen Zweifel übrig.“ Wenn sodann scharf betont wird, daß schon der Begriff der Repudiation die Möglichkeit einer ipso iure erfolgenden Acquisition der legirten Rechte ausschließe, so kann dies nach dem, was schon oben S. 270—274 darüber bemerkt ist, keinen Eindruck machen. So ist es auch von keiner Beweiskraft für Köppen's Meinung, daß in vielen Stellen von agnoscere, velle, accipere legatum und dgl. die Rede ist; denn die erklärte Annahme des Legates war ja auch nach der Sabinianischen Ansicht eine juristisch sehr wichtige und entscheidende Thatsache, das velle als erklärtes non nolle entscheidend, wenn der definitive Rechtserwerb des Legatars bedingt war, „si non noluerit“ [65]). Demnach ist es unberechtigt, daraus, daß in Stellen von Sabinianern, wie Julianus und Pomponius, von Agnition und Repudiation die Rede ist, mit Köppen S. 192. zu schließen, daß schon zu deren Zeit die ursprüngliche Ansicht ihrer Schule in Folge des Antoninischen Rescripts aufgegeben war, eben so unberechtigt, als mit Pöschmann in solchen Stellen überall eine Interpolation zu vermuthen. Ohnehin ist, wie dieses in manchen Stellen der Art, so jenes in Ansehung von Stellen aus Julian's Digesten, höchst unwahrscheinlich. Julian hatte schon unter Hadrian seinen Ruhm begründet durch die Reform des prätorischen Edicts, war gewiß unter dessen Regierung schon Prätor und vermuthlich auch Consul; im Anschluß an das von ihm geordnete Edict verfaßte er seine Digesta, die zu 90 Büchern angewachsen sind. Nun ist zwar gewiß, daß er an diesem Werke auch noch unter Antoninus gearbeitet, diesen sogar überlebt hat. Aber die hier einschlagenden Aeußerungen desselben sind den Büchern 30—39

65) Vgl. besonders Fitting a. a. O. S. 162 fg.

entnommen; man muß also, um zu glauben, daß Julian durch die Constitution des Antoninus von der Meinung seiner Schule abgebracht worden sei, annehmen, daß er wenigstens 60 Bücher seiner Digesten erst unter Antonin (138—161. n. Chr.) geschrieben habe, daß zur Zeit der Abfassung der ersten dieser 60 Bücher schon die Constitution ergangen war, die Gaius erst nach dem Tode des Urhebers anführt, und daß diese Constitution sofort einen so ergreifenden Eindruck auf Julian gemacht habe. Es bedarf einiger Leichtgläubigkeit, um dieser rechtshistorischen Combination sich zu erfreuen.

Betrachten wir hiernach die Stellen, welche von Köppen S. 191. als solche angeführt sind, in denen die Agnition als Requisit für den Erwerb der legirten Rechte ausdrücklich anerkannt sei:

In L. 33. D. de minor. IV. 4. wird von Aburnius Valens der Fall vorgelegt, daß einem Minderjährigen ein Legat hinterlassen war, mit der fideicommissarischen Auflage, seinen Sclaven freizulassen, der mehr werth war, als das Legat betrug; derselbe hat das Legat in Empfang genommen, will aber dann den Sclaven nicht freilassen; Julian hat respondirt, er sei dazu nicht zu zwingen, falls er bereit sei, das Empfangene zurückzugeben: ut, quemadmodum maioribus liberum sit, non accipere, si nolint manumittere, sic huic reddenti legatum necessitas manumittendi remittatur. So konnten unbedenklich auch Sabinus und Cassius respondiren. Daß es Jedermann freistehe, ein Legat wegen lästiger Auflage abzulehnen, war nie bezweifelt; der Volljährige aber, der es in Empfang genommen, konnte sich auch der Erfüllung der Auflage nicht entziehen, seitdem überhaupt Fideicommisse zwangsrechtlich wirksam geworden; der Minderjährige wird auf Verlangen gegen die nachtheilige Annahme des Legats in integrum restituirt. Das ist der

Sinn dieser Stelle. Von einem Vindicationslegat ist darin keine Rede; das Responsum mußte ebenso ausfallen, wenn dem Minderjährigen eine Summe per damnationem vermacht und die Auszahlung von ihm angenommen war, und unbegreiflich ist, wie nach S. 192 auch diese Stelle ergeben soll, daß Julian schon die Sabinianische Meinung über das Vindicationslegat aufgegeben habe.

Ebensowenig ist aus L. 92. pr. D. de cond. et dem. XXXV. 1. zu schließen, daß Ulpian des Sinnes war. Von einem Vindicationslegat ist auch hier nicht die Rede, wenngleich es nicht ausgeschlossen ist, sondern von irgend welchem einem Vater hinterlassenen Vermächtniß, Legat oder Fideicommiß, „relictum hac contemplatione, ut liberos suos emanciparet.“ Wenn Ulpian hier dafür stimmt, daß der Vater extra ordinem zur Emancipation der Kinder anzuhalten sei, jedoch nur, si agnovit id relictum, nicht, wenn er es ablehnt, so wird dadurch die Streitfrage über das Vindicationslegat gar nicht berührt. Eine andere der S. 191. angeführten Stellen, L. 44. §. 1. D. de legat. I., spricht scheinbarer dafür, daß Ulpian der Ansicht der Proculianer huldigte. Sie sagt:

> Si quis rem sibi legatam ignorans adhuc legaverit, postea cognoverit et voluerit ad se pertinere, legatum valebit.

Der Fall, den Ulpian hier vor Augen hatte, ist ohne Zweifel so zu denken: Der Eigenthümer einer Sache hat diese per vindicationem legirt; der Anfall dieses Legats ist bereits durch Antretung der Erbschaft des Vermächtnißgebers entschieden; der Legatar aber, dessen noch unkundig, vermacht in dieser Zeit die Sache einem Dritten; nun wird die Gültigkeit dieses zweiten Legats in Frage gestellt, indem sie als abhängig davon, daß die Sache dem Testator schon zur Zeit der Errichtung des Legats eigen

gewesen, gedacht wird. Wenn **Ulpian** dieses nur annimmt, si voluerit legatarius ad se pertinere, so kann man darin allenfalls eine Anerkennung der Proculianischen Ansicht finden, nach welcher zum Erwerb des vermachten Eigenthums ein positives Wollen (velle) erforderlich war, der gewollte Erwerb dann aber als schon adita hereditate vollzogen angesehen wurde. Dieses Argument wird aber abgeschwächt durch die Art, wie **Ulpian** seinen Ausspruch „legatum valebit" begründet, indem er fortfährt:

> quia, ubi legatarius non repudiavit, retro ipsius fuisse videtur, ex quo hereditas adita est; si vero repudiaverit, retro videtur res repudiata fuisse heredis[66]).

Darin, kann man sagen, wird ja der Erwerb nur von dem negativen „non repudiare" abhängig gemacht, und kann man daher das vorgehende „si voluerit" blos als dessen Gegentheil „si non noluerit" auslegen. So hat denn auch **Fitting** a. a. O. S. 165. gerade diese Stelle als unwidersprechlich beweisend für die Sabinianische Ansicht hervorgehoben. Mit gutem Grund hat **Crailsheim** a. a. O. S. 387. Anm. 46. dies beanstandet; die L. 44. §. 1. cit. läßt sich wohl auch im Proculianischen Sinne deuten, gibt übrigens doch noch zu einigem Bedenken Anlaß. Warum wohl war die Gültigkeit des zweiten Legats fraglich, wenn die Sache nicht schon zur Errichtungszeit dem Vermächtnißgeber gehört hatte? Wird angenommen, daß auch das zweite Legat ein Vindicationslegat war, so ist diese Frage leicht beantwortet nach altem Recht; zur Gültigkeit des Vindicationslegats war erforderlich, daß der Vermächtnißgeber schon zur Zeit der Testamentserrichtung quiritisches Eigenthum an der vermachten Sache hatte. Aber im Justinianischen Recht kommt darauf nichts

66) Dieses ist bei **Köppen** S. 191. nicht mit abgedruckt, aber wohl S. 195 fg.

mehr an; selbst dinglicher Rechtserwerb durch Vermächtniß ist nur bedingt dadurch, daß die Sache sich in der Erbschaft befindet. Bei dem Damnationslegat und Fideicommiß, und so nach Justinianischem Recht bei allen Vermächtnissen ohne Unterschied der Form, sofern sie nur ein Forderungsrecht gewährten, war Eigenthum des Vermächtnißgebers an der vermachten Sache überall nicht erforderlich zur Wirksamkeit des Legats; nur war das Vermächtniß einer fremden Sache in der Regel unwirksam, wenn nicht der Vermächtnißgeber erweislich gewußt hatte, daß sie ihm nicht gehöre. Und dies mußte in Folge des Sc. Neronianum schon im classischen Recht auch dann gelten, wenn eine fremde Sache in Form eines Vindicationslegats vermacht war, das nun als Damnationslegat aufrecht erhalten wurde. Demnach wäre die Gültigkeit des zweiten Legats in L. 44. §. 1. cit., wenn der Testator die ihm vermachte Sache als vermeintlich fremde vermacht hatte, jedenfalls nicht aus dem Grunde zu beanstanden, weil sie jenem zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht gehört habe, nach §. 11. J. de legatis aber auch nicht umgekehrt aus dem Grunde, weil die Sache schon zu jener Zeit demselben eigen gewesen sei[67]. Ulpian scheint daher an den Fall gedacht zu haben, wenn der Testator die ihm vermachte Sache, obwohl unkundig dieses Legats, doch nicht als fremde, sondern als eigene vermacht habe, indem er sie, aus anderem Grunde, ohnehin für die seinige hielt. Denkt man sich nun auch das zweite Legat als Vindicationslegat, so wäre Ulpian's Ausspruch zu deuten: das Legat ist gültig, und zwar als Vindicationslegat gültig, si voluerit testator legatum ad se pertinere oder ubi non repudiavit. Denkt man sich das zweite Legat als Damnationslegat, so würde es wohl in dem-

67) Vgl. Th. 46. S. 188 fg.

selben Falle keinem einfallen, dasselbe zu beanstanden, weil die Sache zwar wirklich eine eigene des Testators sei, aber aus anderem Grunde, als dieser glaubte; man könnte aber in dem umgekehrten Falle — si non voluerit, si repudiavit — sagen: das Legat sei ungültig, weil der Testator eine Sache als eigene vermacht habe, die es nicht war, und das hätte auch si repudiavit, den guten Grund für sich, daß der Testator, der nun erkennt, daß er die Sache irrig (aus anderem Grunde) für die seinige gehalten hat, durch die Ablehnung des Legats zu erkennen gibt, daß er sein Legat aufrecht zu erhalten nicht den Willen hat. Hieraus ergibt sich nun aber ein Bedenken dagegen, daß man das „si voluerit" in L. 44. §. 1. cit. streng positiv verstehe als ein erklärtes Wollen, als Agnition des Legats. Wie denn, wenn der Testator-Legatar ignorans adhuc oder auch postquam cognoverit verstirbt, ohne sich über Annahme oder Ablehnung erklärt zu haben? Der Regel nach geht dann das Vermächtniß auf die Erben über mitsammt der Befugniß, dasselbe anzunehmen oder abzulehnen: sollen nun diese die Macht haben, das von ihrem Erblasser angeordnete Legat seiner Wirksamkeit als Vindicationslegat zu berauben oder ganz unwirksam zu machen? Auf diese Frage in einem Fall wie L. 44. §. 1. cit. geht eine Stelle von Julian, L. 81. §. 6. D. de legat. I.

> Si Titius, cui Stichus legatus fuerat, antequam sciret ad se legatum pertinere decesserit et eundem Seio legaverit et heres Titii legatum non repudiaverit, Stichum Seius vindicabit.

Hier ist die vorstehende Frage bejaht; auch der Erbe des Legatars kann noch repudiiren; aber, wenn er es nun nicht thut, so kann Seius den Sclaven vindiciren, und das setzt voraus, daß dieser schon zur Zeit der Testamentserrichtung im Eigenthum des Titius gewesen. Das ist Sabinianisch. Dagegen kann jedenfalls, so viel mir

scheint, die L. 44. §. 1. cit. nicht zum Beweise dienen, daß Ulpian die Agnition des Legats als ein Requisit für den Erwerb des vermachten Eigenthums anerkannt habe.

Außerdem beruft sich Köppen nur noch auf eine Digestenstelle von Terentius Clemens, der vielleicht wie Julian der Schule des Sabinus anhing [68]): L. 59. D. de legat. II. Davon sagt Fitting a. a. O. S. 166. Anm. 14., daß sie von allen ihm bekannten Stellen am deutlichsten von der Proculianischen Lehre auszugehen scheine. Ist aber unbestreitbar, daß auch der Sabinianer von repudiare legatum, von velle legatum ad se pertinere reden konnte, so ist sie für unsere Frage von keinem Gewicht. Das Fragment, einem Commentar ad legem Juliam et Papiam entnommen, hat verschiedene Erklärungen und Emendationsversuche erfahren [69]). Hier genügt uns Folgendes zu bemerken: In Frage stand der Fall, wenn zugleich einem Sclaven und daneben dem Herrn desselben eine und dieselbe (ganze) Sache vermacht war [70]). Darin lagen zwei verschiedene Legate, wie sich das deutlich zeigte, wenn der Sclave ante diem legati cedentem die Freiheit erlangte oder in die Gewalt eines anderen Herrn übergegangen war; dann verhielt sich's gerade so, wie wenn ihm selbst als freier Person oder als Sclaven

68) Die auch noch angeführte Stelle aus Pauli sentt. III. 6. §. 7. ist hier von gar keinem Belang; sie spricht von der Transmission der Vermächtnisse post diem legati cedentem ante aditam hereditatem; vgl. oben S. 204 fg.

69) Vgl. Schulting-Smallenburg ad h. l. Westphal I. §. 746.

70) „Si mihi pure, servo meo vel pure vel sub conditione eadem res legata est“ . . . . Hinzuzudenken ist „per vindicationem“; auf ein Damnationslegat paßte nach classischem Recht das Folgende nicht.

seines jetzigen Herrn, und dem früheren Herrn eadem res per vindicationem legata erat. War aber der Sclave noch die legati cedente im Eigenthum desselben Herrn, so war nun diesem das Legat derselben Sache zugleich ex sua persona und ex persona servi angefallen. Nun lehnt der Herr das ihm selbst hinterlassene Legat ab, nimmt aber nachher das dem Sclaven hinterlassene Legat an als durch diesen ihm angefallenes Vermächtniß[71]): bekommt er so die ganze legirte Sache? Das war die Frage. Wäre ein Freier oder ein fremder Sclave mit ihm Vermächtnißnehmer, so würde die Regel Anwendung finden: concursu partes fieri; aber in Folge der Ablehnung des Einen der ihn treffende Theil iure antiquo und wiederum nach Justinianischem Recht dem Andern anwachsen; nach der lex Papia aber war das ius accrescendi ausge-

71) Die Stelle fährt fort: „egoque legatum quod mihi datum est, repudiem, deinde condicione exsistente id, quod servo meo legatum est, vellem ad me pertinere.“ — Die Worte „existente condicione“ schlägt Mommsen vor zu streichen; ohne Zweifel mit Recht, als ein durch das vorhergehende „sub conditione“ veranlaßtes unüberlegtes Glossem. Wären sie echt, so müßte entweder das vorhergehende „vel pure vel“ gestrichen oder angenommen werden, daß nach „deinde“ etwas ausgefallen sei. War beiden, dem Herrn und dem Sclaven, pure legirt, so war freilich in der Regel wohl die unbedingte Ablehnung des Legats auf beide Legate zu beziehen, während das dem Sclaven unter Bedingung hinterlassene Legat vor Erfüllung derselben noch gar nicht wirksam abgelehnt werden konnte, da es noch darauf ankam, ob die legati cedente der Legatar noch lebte und noch Sclave desselben Herrn war. Aber auch im ersten Falle läßt es sich doch wohl denken, daß der Herr sich bewogen fand, ausdrücklich nur das eigene Legat abzulehnen, z. B. weil es mit einem lästigen Feideicommiß beschwert war, das des Sclaven aber anzunehmen. Vgl. übrigens L. 55. pr. D. eod. über einen verwandten Fall.

schlossen; durch die Ablehnung von Seiten des Einen war dessen Theil vacant geworden (pars deficiens), aber unterlag nun der caduci vindicatio. Nach diesem Rechte nun und von dem Gesichtspunkte aus, daß hier eigentlich zwei Legate derselben Sache an verschiedene Subjekte vorlagen, ist, wie Terentius Clemens angibt, in obigem Falle respondirt worden: partem legati deficere, d. h. der Herr könne nicht, nachdem er sein Legat abgelehnt, durch das Legat des Sclaven doch noch die ganze Sache erlangen, da seine pars als deficiens dem Aerar oder einem heres oder legatarius pater anheimgefallen sei. Nachdem die constitutio de caducis tollendis schon beschlossen war, hätten die Compilatoren dies eigentlich nicht aufnehmen sollen; im Justinianischen Recht hatte jenes Responsum nicht mehr seine alte Bedeutung; nach L. un. Cod. de cad. toll. mußte die deficiens pars dem andern Legat zuwachsen, und so erhielt der Herr, der sein Legat abgelehnt, doch die ganze Sache, wenn er nachher das Legat des Sclaven erwarb, ebenso, wie darnach unzweifelhaft der vor Erfüllung der Bedingung seines Legats freigewordene Sclave oder ein neuer Herr desselben iure accrescendi die ganze Sache bekam. Indessen hatte Terentius Clemens jenes Responsum mit einer Bemerkung begleitet, die nach dem handschriftlichen Text wohl nur in dem Sinne zu deuten ist, daß der Herr, wenn der Sclave zur Zeit der Erfüllung der Bedingung noch lebe (und noch in seiner Gewalt sei), ungeachtet der Ablehnung seines Legats nun doch die ganze Sache durch den Sclaven erwerben könne, indem es so aufzufassen sei, daß er nur das eine der beiden Legate, aber dieses ganz, nur einmal das ganze Legat, erwerben wolle, und das wird als aequius gebilligt [72]). Consequent war dies nach

72) „nisi si quis dubitet, an exsistente condicione, si servus vivat, omnimodo legatum meum fiat, quod

damaligem Rechte nicht; es zeugt von der Geneigtheit der classischen Juristen, die caducarischen Gesetze in der Anwendung knapp zu halten. Den Compilatoren aber war dieses aequius anlockend, weil es im Resultat zusammentrifft mit dem, was nach Beseitigung jener Gesetze die Consequenz ergibt. Nach diesen Bemerkungen wird man wohl zugeben, daß der L. 59. cit. oben für unsere Frage mit Recht alles Gewicht abgesprochen wurde. Die Frage war nicht, ob die vermachte Sache post aditam hereditatem continuo erworben werde, wie Gaius II. §. 204. sich ausdrückt, oder erst durch Agnition, — sondern, ob durch Ablehnung des einen Legats pars deficeret, gleichwie wenn ein Collegatar ablehnt, daher nach Gai. II. §. 206. caduca fieret, also durch Annahme des anderen Legats der Herr nicht die ganze Sache erwerbe, sowenig wie der annehmende Collegatar? Daß das Ablehnen durch repudiare, wie das Ablehnen des Collegatars in §. 8. J. II. 20 durch spernere, das Annehmen durch velle ad se pertinere ausgedrückt wird, kann hier um so weniger etwas gegen die Sabinianische Ansicht beweisen, da man sich den Anlaß zum Responsum füglich so vorstellen kann, daß Jemand, ehe er sich über Annahme oder Ablehnung entschieden hatte, dem iuris auctor die Anfrage stellte: was ist Folge, wenn ich das eine Legat ablehne, dann aber das andere annehmen möchte?

Können wir hiernach nicht zugeben, daß in den von Köppen a. a. O. S. 191. angeführten Stellen entgegen der Sabinianischen Ansicht die Agnition des Legats als

semel ad me pertinere voluerim; quod aequius esse videtur." Klar ist der Ausdruck nicht, vielleicht in Folge von Interpolation. Einen ganz anderen Sinn hat man hineingelegt mit der Emendation *voluerit* oder *noluerim* anstatt *voluerim*.

ein Requisit für den Erwerb des legirten Rechtes anerkannt sei, so liegt uns jetzt ob, die weiterhin S. 194. fg. von demselben vorgebrachten Beweise für die spätere Herrschaft der Proculianischen Ansicht über den streitigen Punkt zu prüfen. So lange nach Antretung der Erbschaft der Legatar das Legat weder angenommen noch abgelehnt hat, ist Eigenthümer der legirten Sache keiner, weder der Legatar noch der Erbe, „ließ sich als solcher weder der Erbe noch der Legatar, also Niemand, mit Bestimmtheit bezeichnen", ex postfacto aber entscheidet es sich durch die Ablehnung, daß der Erbe, durch die Annahme, daß der Legatar Eigenthümer ist, und dieses Eigenthum wird nun rückwärts als schon im Zeitpunkt der Erbantretung begonnen angesehen und beurtheilt. So wird S. 193. die Proculianische Ansicht charakterisirt, und daß nun dieser Gesichtspunkt in Behandlung der res dubia[73]) schon von den Sabinianern Julianus und Pomponius als maßgebender bezeichnet und die ursprüngliche Ansicht der Sabinianer später von Niemanden mehr vertheidigt worden sei, „wie es einer kaiserlichen Constitution gegenüber auch nicht anders sein konnte": dafür werden zum Beweise angeführt: a) L. 86. §. 2. D. de legat. I. (Julian.), b) L. 8. D. de reb. cred. XII. 1. (Pompon.), c) L. 15. D. de reb. dub. XXXIV. 5. (Marcian.), d) L. 80. D. de legat. II. (Papinian.), e) L. 44. §. 1. D. de legat. I. (Ulpian.), f) L. 38. §. 1. D. de legat. I. (Pompon.), g) L. 13. D. de cond. instit. XXVIII. 7. (Julian.), h) L. 3. D. de

73) L. 15. de reb. dub. XXXIV. 5. Quaedam sunt, in quibus res dubia est, sed ex post facto retroducitur et apparet quid actum est. — Es wird dabei auf die Behandlung des Falles, wenn ein nothwendiger Zweifel über das Erbrecht besteht, Bezug genommen, worüber Köppen a. a. O. S. 151 fg.

servit. leg. XXXIII. 3. (Marcell.), und zuletzt auch noch zur Bestätigung für das Justinianische Recht h) L. 7. §. 9. Cod. de curat. fur. V. 70.

Allein diese Stellen können zum Theil mindestens mit eben so viel Recht als Beweise für die Fortdauer und Reception der Sabinianischen Auffassung benützt werden. So die oben schon besprochene L. 44. §. 1. cit. So die Stellen unter b. und c., falls der Erbe die vermachte Sache veräußert hat, ehe der Legatar sich erklärte („si res legata fuerit et deliberante legatario eam rem heres alii tradiderit"), so, sagt L. 15. cit. „si quidem voluerit legatarius habere legatum, traditio nulla est[74]), si vero repudiaverit, valet. Will hier das positive „voluerit", gepreßt werden, so kann dagegen betont werden, daß es im Folgenden heißt: „Tantundem est, et si pecuniam hereditariam legatam crediderit heres; nam si quidem non repudiaverit legatarius, alienam pecuniam credidit, si vero repudiaverit, suam pecuniam credidisse videtur", und eben so lesen wir in L. 8. cit. „Item si legatam pecuniam heres crediderit, deinde legatarius eam noluit ad se pertinere, quia heredis ex die aditae hereditatis videntur nummi fuisse, ut credita pecunia peti possit." Das ist richtig nach der Ansicht beider Schulen[75]).

74) Vermuthlich ist hier *tradiderit* interpolirt für *mancipio dederit vel in iure cesserit*, *traditio* für *mancipatio vel in iure cessio;* die Traditio war doch nicht nulla, insofern sie den Besitz der Sache übertragen hatte; nur das Eigenthum hatte sie dem Besitzerwerber nicht gewährt.

75) Crailsheim hat mit Recht L. 15. cit. als nicht beweisend für die Sabinianische Ansicht abgewiesen (§. 9. Anm. 46.), hält dagegen L. 8. cit. für beweisend. Aber dazu kommt er nur, indem er ein bedingtes Darlehn voraussetzt, wozu das Item nicht berechtigt. — Der Schluß

Die Stelle Julian's unter a ist ebensowenig entscheidend. Wenn derselbe sagt, des vermachten Sclaven status „et omnium, quae personam eius attingunt“, sei einstweilen „in suspenso“, so stimmt dies allerdings zu der Proculianischen Ansicht; wenn er aber fortfährt: „nam si legatarius repulerit a se legatum, nunquam eius fuisse videbitur; si non repulerit, ex die aditae hereditatis eius intellegetur“, so kann man darin den vollkommensten Ausdruck der Sabinianischen Ansicht finden, wie sie Gaius II. §. 195. charakterisirt; im Resultat mußten ja in dieser Beziehung beide Schulen nothwendig zusammentreffen[76]). Ganz entsprechend der Sabinianischen, aber doch nicht unvereinbar mit der gegnerischen Ansicht ist ferner Papinian's gewichtiger Ausspruch in L. 80. cit.:

der L. 8. cit. lautet: Nam Julianus ait, et traditiones ab herede factas ad id tempus redigi, quo hereditas adita fuerit, quum repudiatum sit legatum aut (*ad*positum). Statt des letzten Wortes setzt Köppen S. 195. ohne eine Andeutung der Zweifelhaftigkeit und Bedenklichkeit dieser Lesart: *acquisitum*. Daß auch dieser Satz keinen Beweis gibt gegen die Sabinianische Ansicht, ist klar, es sei denn, daß man in dem Worte repudiatum allein genügenden Beweis findet. Vgl. oben S. 282.

76) „Secundum hanc regulam“, sagt Julian, „et de iure eorum, quae per traditionem servus acceperit aut stipulatus fuerit, deque his quae legata ei vel donata fuerunt, statuetur, ut vel heredis vel legatarii servus singula gessisse existimetur“. Hier hat Julian ohne Zweifel statt „per traditionem acceperit“ geschrieben „mancipio acceperit“, wie schon aus der Zusammenstellung mit der Stipulation zu schließen ist. Besitz konnte der Sclave nicht ohne Wissen und Willen des Herrn erwerben, also auch nicht Eigenthum durch Tradition, es sei denn ex peculiari causa. Hätte der Legatar dem vermachten Sclaven Auftrag zum Besitzerwerb gegeben, so würde darin schon Annahme des Legats zu erkennen sein.

Legatum ita dominium rei legatarii facit, ut hereditas heredis res singulas: quod eo pertinet, ut, si pure res relicta sit et legatarius non repudiavit defuncti voluntatem, recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transeat, numquam factum heredis.

Verkehrt wäre es, den ersten Satz so zu deuten: wie durch Annahme der Erbschaft das Eigenthum aller Erbschaftsachen dem Erben, so werde durch Annahme des Legats das Eigenthum der einzelnen Sache dem Legatar erworben; es gab ja auch necessarii heredes, Papinian sagt: Wie die Erbfolge den Erben ohne weiters zum Eigenthümer aller Sachen macht, die zur Erbschaft gehören, von denen er nicht einmal Kunde zu haben braucht, so bringt das Legat dem Legatar das Eigenthum der vermachten einzelnen Sache unmittelbar als vom Erblasser her auf ihn übergegangenes Recht, ohne Vermittelung durch den Erben. Vorausgesetzt aber wird, daß der Legatar nicht ablehnt; denn alsdann perinde est, atque si legatum non esset, das Vermächtniß ist als nicht vorhanden zu betrachten und so die causa des Eigenthumserwerbes in der Wurzel zerstört[77]. — Einen schlagenden Beweis, daß schon die späteren Sabinianer nur noch die Ansicht des Proculus zur Anwendung brachten, findet Köppen in der Stelle von Pomponius unter f. Sie lautet:

Si legatum nobis relictum constituerimus nolle ad nos pertinere, pro eo erit, quasi nec legatum quidem sit. —

77) Es liegt eine gewisse Feinheit in dem Ausdruck „si . . . legatarius non repudiavit *defuncti voluntatem*“, nicht wie in L. 44 §. 1 D. de leg. I. „*rem legatam*“. Der Legatar weist die Liberalität des Verstorbenen gegen ihn zurück. So vielleicht auch legatum (subst.) repudiare (l. 80. cit. l. 86. §. 2. D. leg. I.).

Soweit, möchte man finden, sei ja die Sabinianische Ansicht über die Wirkung der Ablehnung des Legats ausgedrückt. Aber nun die Folgerung?

et ideo dicimus nec confusas servitutes, si forte praedium mihi legatum praedio meo debuerit servitutes, et integra furti actio manebit, si servus legatus sit ei[78]), cuius nomine furti agere poterit legatarius.

Wäre das Grundstück, der Sclave, ipso iure in das Eigenthum des Legatars übergegangen, so wären die Servituten, die furti actio untergegangen, weil Niemand an seinem eigenen Grundstück eine Servitut haben, nicht wegen eines von einem Sclaven begangenen Diebstahls noxalis actio noch stattfinden kann, wenn der Bestohlene selbst des Diebes Herr geworden ist. Es hätte also nur von einer Restitution jener Rechte die Rede sein können nach Analogie von L. 70. pr. L. 116. §. 4. D. de legat. I. Davon sage Pomponius nichts; also! er war in diesem Punkte Proculianer geworden! Das findet Köppen schlagend. Wir dagegen stellen uns vor, daß dem Pomponius ein proculianischer Köppen obige Bedenken vorgetragen habe. Darauf erwiderte jener: Nun, wenn das Legat abgelehnt wird, so ist das ja nach der Ansicht unserer Schule einer völligen Vernichtung des Legats gleich zu achten, als wäre gar nicht legirt worden. Daher sagen wir, die Anhänger des Sabinus und Cassius, daß in dem vorgelegten Falle eine Erlöschung der Servituten gar nicht eintrete, die furti actio des Legatars unversehrt bleibe. Das scheint mindestens eben so schlagend

78) Dies *ei* ist überflüssig und störend; Haloander verwirft es; leidlicher stände es nach *manebit*; jedenfalls ist das Relativum *cuius* auf *servus* zu beziehen, das *ei* auf legatarius.

dafür zu sprechen, daß Pomponius noch ganz als Sabinianer dachte [79]).

Es sind nur noch die zwei Stellen unter g. und h. übrig, die Bedenken erregen könnten gegen die Fortdauer der Sabinianischen Ansicht und, wie Köppen S. 198 sagt, keines Commentars bedürfen. In L. 13. cit. sagt Julian:

Ei, qui ita hereditatem vel legatum accepit, si decem dederit, neque hereditas neque legatum aliter adquiri potest, quam si post impletam conditionem id egerit scriptas heres vel legatarius, per quod hereditas aut legatum adquiri solet.

Dies deutet allerdings auf ein Thun des Legatars nach Erfüllung der Bedingung hin, um das Legat zu erwerben; es legt den Gedanken nahe, daß der Legatar erst jetzt noch das Legat agnosciren müsse, wie der scriptus heres die Erbschaft anzutreten hat, um sie zu erwerben, nach classischem Recht wohl meistens in förmlicher Weise, cernendo. Als das wesentliche Moment in der Bemerkung Julian's kann jedoch füglich wohl das aufgefaßt werden, daß man die Erfüllung der Bedingung „si decem dederit" noch nicht als Antretung der jetzt erst deferirten

79) Vgl. Crailsheim a. a. O. S. 385. Treffend führt dieser zur Vergleichung L. 57. D. de usufr. VII. 1. an, wo Papinian sagt: „mansisse fructus ius integrum ex post facto apparuit", in dem Falle, wenn dem Usufructuar das Eigenthum des dienenden Grundstücks vermacht und von demselben das Grundstück auch als eigenes in Besitz genommen war, dann aber in Folge der querela inofficiosi das Testament rescindirt und dadurch auch das Legat des Eigenthums vernichtet wurde. Vgl. Cuiac. in lib. VII. respons. Pap. ad L. 57. cit. (opp. IV. col. 1095 sq.).

Erbschaft oder als erklärte Annahme des Legats, cuius dies nunc demum cessit, ansehen dürfe, so daß jetzt der Erbe als solcher gebunden sei, der Legatar z. B. wegen eines ihm auferlegten Fideicommisses ohne Einwendung hafte, daß es vielmehr noch von dem nachherigen Verhalten des Erben oder Legatars abhänge, ob ihm die Erbschaft oder das Vermächtniß wirklich erworben werde [80]). Zudem berührt L. 13. cit. nur den Fall eines bedingten Vermächtnisses (Gai. II. §. 200) und nicht blos eines Vindicationslegats, nicht den eines unbedingten Vindicationslegats (Gai. II. §. 195). Können wir hiernach nicht zugeben, daß deutlicher nicht, als es in L. 13. cit. geschieht, der ipso iure eintretende Erwerb des Eigenthums der per vindicationem vermachten Sache in Abrede gestellt werden könne, so müssen wir entschieden widersprechen, daß entschiedener als von Marcellus in L. 3. cit. das Erforderniß der Agnition zu jenem Erwerb nicht anerkannt werden könne, indem er schreibt:

> Si fundum Maevio et ad eum viam per alium fundum et eundem fundum sine via Titio legasset: si uterque fundum vindicasset, sine via legato fundum cessurum, quia neque adquiri per partem servitus possit; et si prius Maevius fundum vindicaret altero deliberante, posse dubitari,

80) Vgl. Crailsheim a. a. O. S. 389. fg. „Die angeführte Sprechweise läßt sich dadurch erklären, daß der Jurist, dem es nur um obige Frage zu thun ist, für Erbschaften und Vermächtnisse einen Ausdruck gebraucht, der eigentlich nur für jene paßt.“ — Mir scheint, daß Julian nach einem für beide passenden unverfänglichen Ausdruck gesucht hat „*si id egerit . . . per quod adquiri* solet;“ er hätte sonst wohl bestimmter gesagt: *si scriptus heres adierit hereditatem aut legatarius legatum agnoverit.* Vgl. unten §. 1525. c.

an, si postea Titius omisisset, viae legatum salvum esset? et hoc magis videbatur.

Diese Stelle ist kritisch sehr beanstandet[81]); ihr Inhalt ist im Wesentlichen klar: Dasselbe Grundstück ist per vindicationem separatim dem Mävius und dem Titius vermacht, jenem zugleich mit einem Wege zu demselben über ein anderes dem Erblasser gehörendes Grundstück, dem Titius ohne dieses Wegrecht. Nun kann aber eine Grunddienstbarkeit als untheilbares Recht nicht blos für einen von mehreren Eigenthümern, nicht blos für die ideelle Hälfte des Grundstücks erworben werden; also ist das nur dem Mävius, nicht dem Titius, hinterlassene Legat des Wegerechts erfolglos, wenn beide einander auf die Hälfte beschränkend das Eigenthum des vermachten Grundstücks, dem die Servitut zustehen sollte, erwerben. Gesetzt nun aber, Mävius macht zuerst das Legat des Grundstücks geltend, während Titius noch im Zweifel ist, ob er dasselbe nicht ablehnen soll, dann aber lehnt dieser es ab, kann nun Mävius die ihm legirte Servitut in Anspruch nehmen? Was mochte denn ein Bedenken erregen, diese Frage zu bejahen, da doch Mävius nun entschieden Allein-Eigenthümer des berechtigten Grundstückes ist? Wie es scheint,

81) Vgl. Schulting-Smallenburg ad h. l. und Mommsen Dig. vol. II. pag. 114. not. 4—7. Der letzte schlägt vor, für legato zu lesen Maevio; vielleicht besser „sine via legata"? — Nach *quia* hatte schon Hotman eingefügt: „alterius legatarii persona impedimento esset, quo minus solidus fundus cum via vindicaretur", hergenommen vom Schluß der L. 3. cit., wo es nicht wohl paßt, während nach *quia* gegenüber dem folgenden *neque* ein Satz vermißt wird; so auch Cuiacii obs. XXIII. 11. Diese Versetzung billigt auch Mommsen, jedoch mit Streichung der Worte „solidus fundus cum". — Statt possit; et liest man besser mit Mommsen: possit; sed.

nur Folgendes: Kraft des Vindicationslegats sind Mävius und Titius adita hereditate ipso iure Eigenthümer des Grundstücks geworden, jeder zur Hälfte; ebenso wäre ipso iure die Servitut erworben, wenn das Legat derselben zu Recht bestände; das thut es aber nicht, quia pro parte servitus adquiri non potest; nun kann zwar Mävius, wenn Titius ablehnt, iure accrescendi Allein-Eigenthümer werden; aber da fragt es sich doch, ob dieser Umstand auf das Legat der Servitut erhaltend zurückwirke? Indessen nach Sabinianischer Ansicht war es nach Ablehnung eines Legates perinde atque si legatum non esset. Wenn also Titius ablehnte, so verhielt es sich ebenso, als wenn dem Mävius allein ohne Concurrenten das Grundstück vermacht und somit adita hereditate ihm allein das Eigenthum erworben sei, und so denn auch dem Rechtsbestande der nur ihm vermachten Servitut nichts entgegenstehe. So erklärt sich diese Stelle ganz entsprechend der Sabinianischen Ansicht und analog der Entscheidung des Pomponius in L. 38. §. 1. D. de legat. I. Wie dort in Folge der Ablehnung eines Legats die Erlöschung einer Servitut durch confusio als nicht eingetreten dargestellt wird, so ist hier ein Hinderniß des Erwerbes der Servitut als gar nicht bestanden angenommen[82]). Wie aber in der L. 3 cit. eine entschiedene Anerkennung des Erfordernisses der Agnition gefunden werden kann, vermag ich nicht einzusehen; in dem Gebrauch der Worte vindicare und omittere ist sie nicht zu finden. Versteht man vindicare als Anstellung der rei vindicatio, so konnte man sagen: solange Titius sich noch bedenkt, kann Mävius nur klagen: „fundum pro parte dimidia suum esse", und so kann ihm auch durch Urtheil gegen den Erben nur das halbe Eigenthum zuerkannt wer-

82) Vgl. H. Fitting über den Begriff der Rückziehung (1856) S. 97. fg.

den; wenn nun erst Titius ablehnt und so jener Alleineigenthümer wird, steht ihm jener Vorgang nicht entgegen, wenn er nun auch die vermachte Servitut vindicirt? die Frage wird mit Recht bejaht; denn in Folge der Ablehnung das Collegatars Titius accrescirt ihm ipso iure dessen Theil, als ob er nicht mit ihm concurrirt hätte, und es stellt sich die Sache so, als ob Mävius allein seit Antretung der Erbschaft Eigenthümer des vermachten Grundstücks gewesen sei [83]).

Es bleibt uns endlich noch übrig, auch den Ausspruch Justinian's zu erwägen, welchen Köppen zum Schluß seiner Beweisführung anführt als bestätigend, daß im Justinianischen Rechte geblieben sei, was er für das vorjustinianische Recht seit Antoninus erwiesen zu haben glaubt. In L. 7. §. 8. Cod. de curat. fur. V. 70. erklärt Justinian: eine dem Wahnsinnigen deferirte Erbschaft könne zwar bzw. solle dessen Curator für denselben provisorisch in Besitz nehmen, definitiv erworben aber werde sie jenem nur, wenn er zu Verstand gekommen selbst die Erbschaft antrete; falls er dagegen im Wahnsinn verharrend sterbe, werde sie nunmehr denjenigen deferirt, welche jetzt nach dem Wegfallen des Wahnsinnigen als nächstberechtigte zu der diesem deferirten, nicht definitiv erworbenen Erbschaft vortreten. Daran schließt sich dann (§. 9) Folgendes an:

Legatis autem procul dubio vel fideicommissis

83) Vgl. oben S. 76. fg. S. 87 fg. So lange noch die lex Papia bestand, konnte im vorgelegten Falle das Legat der Servitut nur Bestand haben, wenn Mävius das ius antiquum in caducis hatte, es sei denn, daß Schneider mit Recht behauptet habe, das abgelehnte Legat habe nicht der caduci vindicatio unterlegen. Vgl. oben S. 84. Anm. 3.

ceterisque adquisitionibus furioso adquirendis et substantiae eius adgregandis: sin autem ipse resipuerit et noluerit ea admittere et aperte haec respuerit vel heres eius hoc fecerit, a substantia eius illico separandis, quasi nec fuerant (fuerint) ab initio ad eum devoluta, et legitimum tramitem ambulantibus, substantiam furiosi neque praegravantibus neque adiuvantibus.

Dazu nun gibt Köppen S. 199 fg. folgenden frappanten Commentar: „Während die einem furiosus angefallene Erbschaft, falls er im furor verstirbt, an die nun nächsten Erben seines Erblassers gelangt, muß das ipso iure erworbene Recht des Vermächtnisses, da es vererblich ist, beim Vermögen des furiosus bleiben.“ Entschließt sich aber der sanae mentis gewordene Wahnsinnige selbst oder auch dessen Erbe, „die legirten Rechte nicht haben zu wollen“, so „trennt sich das Recht des Vermächtnisses von seinem Vermögen, als ob die Delation niemals Statt gefunden hätte.“ Der Ausdruck devolvere wird in den Quellen überall identisch mit deferre gebraucht. Justinian spricht also auch nur von einer Vererbung des dem furiosus deferirten Vermächtnisses, d. i. der petitio legati (in Köppen's Sinn), aus welcher das Recht der Repudiation zusteht, und die, nur äußerlich ein Bestandtheil des hinterlassenen Vermögens, zugleich mit diesem auf den Erben übergeht, aber als bloße facultas acquirendi, aus welcher denn eben auch der Erbe noch „die legirten Rechte“ agnosciren oder repudiiren kann. Lehnt der nächst Berufene die Erbschaft des Wahnsinnigen ab, so geht mit ihr dasselbe Recht auf denjenigen über, der nach jenem Erben wird; mag aber die Erbschaft Niemand haben, auch der Fiscus nicht, und wird daher der Concurs über den Nachlaß eröffnet, dann „geht die petitio legati unter, und das Vermächtniß bleibt beim Onerirten; denn die Gläu-

biger haben nur einen Anspruch auf die bona, zu denen jenes Recht nicht gehört."

Das ist der Schlußsatz der Beweisführung Köppen's und, wenn er richtig ist, ein praktisch sehr wichtiger. Ist er richtig in Beziehung auf das einem Wahnsinnigen hinterlassene Vermächtniß, so muß er in allen Fällen Anwendung finden, wenn ein Vermächtnißnehmer gestorben ist, ohne über Annahme oder Ablehnung des Vermächtnisses sich erklärt zu haben, insbesondere in allen Fällen, wenn derselbe von dem Anfall des Vermächtnisses vor seinem Tode keine Kunde erhalten hat und darum das Vermächtniß weder ablehnen noch annehmen konnte, und so denn auch, wenn derselbe als Kind gestorben ist und zur Zeit noch keinen Vormund hatte oder auch der nachlässige Vormund sich um das Vermächtniß nicht bekümmert hat. Der Satz ist höchst frappant und allein schon geeignet, gegen die ganze Auffassung des Verfassers Verdacht zu erregen. Dem Wahnsinnigen ist ein Haus vermacht; sein Curator nimmt es in Besitz; der Wahnsinnige stirbt; die Erbschaft wird abgelehnt, weil sie mit Inbegriff des Werthes des Hauses nicht zur Zahlung aller Schulden ausreicht; es wird der Concurs eröffnet; alsdann nimmt derjenige, dem das Legat des Hauses auferlegt war, dieses zurück; die Gläubiger können es nicht in Anspruch nehmen. Ja, wenn etwa der Curator des Wahnsinnigen auf das Haus eine Hypothekarschuld aufgenommen hätte, könnte konsequent behauptet werden, dasselbe falle hypothekfrei an den Vermächtnißträger zurück, weil es dem Wahnsinnigen nie erworben worden. Das wäre im Sinn Justinian's? Obiger Commentar zu L. 7. §. 9. cit. ist übrigens ohnehin unhaltbar. Vorerst ist es nicht wahr, daß überall in den Quellen devolvere identisch mit deferre gebraucht wird, in dem Sinne, daß, wie durch die Delation der Erbschaft, nur eine facultas acquirendi gewährt sei. Dirksen's

Manuale v. *devolvere,* worauf der Vf. verweist, liefert den Gegenbeweis. „Dominio ad aliquem devoluto“, lesen wir in der dort angeführten L. 13. §. 5. D. quod vi aut clam XLIII. 24., und als Beispiel wird angeführt das durch Antretung der Erbschaft dem Erben erworbene Eigenthum des erbschaftlichen Grundstücks. In L. 32. D. de legat. III. sind „bona devoluta“ erworbenes Vermögen[84]); in L. 51. D. de iud. V. 1. L. 96. §. 4. D. de solut. XLVI. 3. L. 9. D. de iure fisci. XLIX. 14. ist selbst „hereditas devoluta“ erworbene Erbschaft, und wenn in L. 77. §. 29. D. de legat. II. von einer „possessio iure successionis devoluta“ die Rede ist, so wird dabei doch wohl an wirklich erlangte (bonorum) possessio, nicht erst an eine bloße facultas possessionem acquirendi zu denken sein. In L. 7. §. 9. cit. aber kann vollends „devoluta“ nicht als identisch mit „delata“ verstanden werden. Das ist unverträglich mit den vorhergehenden Worten „Legatis . . . . furioso adquirendis et substantiae eius adgregandis“, welche doch wahrlich nicht auf ein nur äußerlich mit dem Vermögen des Wahnsinnigen (substantia furiosi) verbundenes Recht, das selbst noch kein Vermögensrecht, zu deuten sind, zumal da neben den Legaten und Fideicommissen auch ceterae adquisitiones genannt werden, worunter alle möglichen dem Wahnsinnigen ohne sein Zuthun und Wissen angefallenen Rechtserwerbe gedacht werden können. Wenn man aber auch das devoluta als gleichbedeutend mit delata annimmt, so hat doch der Satz: „quasi nec fuerint ab initio ad eum devoluta“ in Beziehung auf Vermächtnisse wesentlich keine andere Bedeutung als das Sabinianische „perinde atque si legatum non esset“. So, kann mit Recht gesagt werden, finden

84) Vgl. Th. 47. S. 112 fg.

wir in L. 7. §. 9. cit. den klaren Ausdruck der ursprüng-Sabinianischen Ansicht und gibt diese Stelle ein redendes Zeugniß für die fortdauernde Herrschaft dieser Ansicht. Und dies wird denn auch bestätigt durch die schon zu Anfang des §. 1525. (S. 203. Anm. 17, S. 205.) benutzten Stellen: L. 16. §. 1. D. qui test. fac. XXVIII. 1. L. 24. pr. D. de O. et A. XLIV. 7., welche aussagen, daß dem Wahnsinnigen Legate und Fideicommisse erworben werden können, weil dieser Erwerb ohne Wissen und Willen vor sich gehe. Ganz unangreifbar ist die Beweiskraft der L. 16. §. 1. cit. auch für den ipso iure eintretenden Eigenthumserwerb, wenn man Mommsen's Emendation („perinde res actionesque") annimmt; darnach wäre auch dem Cuiacius, der nur den Erwerb dinglicher Rechte ipso iure nicht zugeben wollte, jede Ausflucht abgeschnitten [85]). Gegen Köppen aber beweist sie auch nach dem handschriftlichen Texte, in Verbindung mit L. 24. pr. cit., weil er Agnition des Vermächtnisses ohne Unterschied bei allen Vermächtnissen zum Erwerb „der legirten Rechte", auch des Forderungsrechts aus dem Vermächtniß, für erforderlich hält. Zwar hat derselbe in der nachträglichen Berichtigung (S. 377.) gegen Fitting doch auch dagegen noch sich zu decken versucht, aber mit schwächlichem Schilde; er wiederholt nur, daß die Römer das Recht auf das Vermächtniß, das Recht nehmlich, das Vermächtniß anzunehmen oder abzulehnen, eben so bezeichnen, wie die Klage auf den vermachten Gegenstand, also wie die Vermächtnißforderung, „weil, wo der Legatar diese verfolgt, jenes Recht von ihm geltend gemacht wird." Uebereinstimmend mit Marcellus in L. 16. §. 1. cit. sagt Pomponius in L. 24. pr. cit. „ex quibus causis ignorantibus nobis actiones adquiruntur, ex iisdem

85) Vgl. oben S. 265 Anm. 36., S. 278 fg.

etiam furiosi nomine incipit agi posse." Deutlicher als durch die letzten Worte kann nicht das klagbare Forderungsrecht als erworben bezeichnet werden, und wenn dann z. B. angeführt wird: „veluti cum servus eius stipulatur, cum furtum ei fit, aut damnum ei dando in legem Aquiliam committitur", so ist doch hier überall ein dem Wahnsinnigen erworbenes Forderungsrecht anerkannt; ebenso, wenn es vorher heißt „condictio furioso adquiritur" (hier die sog. condictio de bene depensis), und am Ende (§. 3) gesagt wird: „Et qui negotia furiosi gesserit, negotiorum gestorum ei obligatur". Und wenn nun Pomponius, der Sabinianer, inzwischen einflicht: „idemque erit, si legetur ei vel fideicommissum ei relinquatur", das soll zu verstehen sein, daß dem Wahnsinnigen nur die Köppen'sche petitio legati, die noch kein Vermögensrecht, ein Recht familienrechtlicher Natur ist, erworben sei? Gewiß mit Recht hat Crailsheim a. a. O. S. 388. dies als eine gezwungene Erklärung getadelt. Hier ist wohl am Platze die Bemerkung, daß Köppen mit seiner petitio legati überhaupt zu viel operirte. Es ist wahr, daß selbst classische Juristen öfter des Ausdrucks petitio legati sich bedienen, wo von dem Uebergang des Vermächtnisses auf die Erben die Rede ist[86]); petitio legati ad heredes trans-

86) In dem tit. Dig. quando dies. XXXVI. 2. kommt 17mal vor transferri, transmitti, transire legatum; nur 2mal petitio transmittitur oder transit ad heredem. In L. 25. §. 1. cit. heißt es; „heres legatarii petitionem habet;" in L. 19. §. 3. „ad heredem transmittit actionem, d. i. dort actionem ex testamento, ut liberatio praestetur." In L. 3. Cod. h. t. VI. 53. (einem Rescript von Severus und Antoninus) wird von einer Pontianilla, die das Alter, auf welches ihr ein Legat hinterlassen war, erreicht hatte, gesagt: „petitionem ad heredem transmi-

mittitur", das heißt: die (künftige) Geltendmachung steht auch noch den Erben zu; aber das Wort zu einer gewissermaßen technischen Bezeichnung des Rechts, das Vermächtniß anzunehmen, auszuprägen, ist eine unberechtigte artistische Leistung. Es ist auch dagegen einzuwenden, daß schon post diem legati cedentem jene Transmission der petitio legati angenommen wird, nach Köppen's eigener Theorie aber das Recht, das dadurch bezeichnet sein soll, die facultas adquirendi, erst cum dies legati venit, entsteht. Und wenn Köppen zur Rechtfertigung seiner Terminologie und Begriffbestimmung sich darauf beruft, daß „die Römer" doch „auch das Recht des Delaten, Erbe zu werden," eben so petitio hereditatis nennen, dafür aber S. 185. zum Beweise nur Pauli sentt. I. 13B. §. 4. anführt, so muß er bezüglich des Quellenbeweises sehr

sit, licet ante decesserit, quam consequeretur legatum vel fideicommissum." Hier werde, sagt Köppen, die petitio legati ausdrücklich als das dem Legatar vor dem Erwerb des Legats zustehende Recht bezeichnet. Aber consequi legatum ist nicht nothwendig zu übersetzen „Erwerb des Legats"; es kann auch bedeuten „das Vermachte erhalten, z. B. die vermachte Geldsumme empfangen" L. 23. D. de dolo IV. 3. L. 12. D. de inoff. test. V. 2.; in ähnlichem Sinn kommt das Wort consequi sehr häufig vor. Wird es aber für Erwerben des Legats genommen und dabei an den Fall gedacht, daß die Vermächtnißnehmerin zwar post diem legati cedentem, aber ante aditam hereditatem oder diem legati venientem gestorben sei, so hätte sie ja das fragliche Recht, die petitio legati im Sinne Köppen's selbst noch nicht gehabt. Das Rescript beweist für Köppen selbst nach dessen Auslegung nur, wenn man voraussetzt, daß das Fräulein erst post aditam hereditatem, aber vor erklärter Annahme des Legats gestorben sei, und als ausgemacht annimmt, daß ohne Agnition das Legat nicht erworben werde, d. h. wenn man das zu Beweisende als bewiesen in die Stelle hinein=

genügsame Leser finden, um sie für seine Theorie zu gewinnen [87]).

Nach dieser eingehenden Prüfung darf mit einiger Zuversicht erwartet werden, daß Köppen's Beweisführung ungeachtet seiner, ich möchte sagen, verführerischen Darstellung auch von Anderen als völlig mißlungen erkannt werde; ja, es sind darin schon Stellen der Quellen zur Besprechung gekommen, die unwiderleglich beweisen oder doch sehr wahrscheinlich machen, daß die Sabinianische Rechtsansicht in der späteren classischen Jurisprudenz wirklich das Uebergewicht gewonnen habe und so auch im Justinianischen Rechte recipirt sei. Ich hebe als solche namentlich hervor L. 5. §. 8. D. de reb. eor. XXVII. 9. (vgl. oben S. 280 fg.) L. 80. D. de legat. II. (S. 294 fg.) L. 38. §. 1. D. de legat. I. (S. 295 fg.), L. 7. §. 9. Cod. de curat. fur. verglichen mit L. 16. §. 1. D. qui test. fac. und L. 24. D. de O. et A. (S. 301 fg., 305 fg).

legt. Köppen setzt zu seinem Commentar der L. 3. cit. noch hinzu: die petitio legati werde transmittirt „als dasjenige Recht, auf Grund dessen die actio de legato erworben werden kann," unter Bezugnahme auf L. 6. Cod. eod.: „et posteaquam dies fideicommissi cessit, ignorans fideicommissum decessit, actionem huiusmodi adquiri potuisse, dissimulare non potueris (nicht *poteris*, wie S. 185. Anm. 159. steht, wo auch vor *ignorans* nicht zu lesen ist: *rebus humanis*, *licet*). Aber man vergleiche dagegen L. 5. Cod. eod.: „Ex his verbis: 'do lego Aeliae Severinae . . . decem, quae accipere debebit, cum ad legitimum statum pervenerit', non conditio fideicommisso vel legato inserta, sed petitio in tempus legitimae aetatis dilata videtur. Ed ideo, si Aelia . . . die legati cedente vita functa est, ad heredem suum actionem transmisit, scilicet ut eo tempore solutio fiat, quo Severina, si rebus humanis subtracta non fuisset, vicesimum quintum annum aetatis impleret.

87) Vgl. oben S. 208 fg. Anm. 31, 33.

Es sind aber noch einige Fragmente zu besprechen, welche als positive Belegstellen jenen Beweis vervollständigen und die Meinung Köppen's vollends widerlegen, vor allen das eine, das dieser selbst als seiner Meinung widersprechend anerkennt, L. 19. §. 1. D. quemadm. servit. amitt. VIII. 6. (Pompon. libro XXXII. ad Sabin.):

Si per fundum meum viam tibi legavero et adita mea hereditate per constitutum tempus ad amittendam servitutem ignoraveris eam tibi legatam esse, amittes viam non utendo. Quodsi intra idem tempus, antequam rescires tibi legatam servitutem, tuum fundum vendideris, ad emptorem via pertinebit, si reliquo tempore ea usus fuerit, quia scilicet tua esse coeperat: ut iam nec ius repudiandi legatum tibi possit contingere, cum ad te fundus non pertineat.

Pomponius spricht von einer servitus viae per vindicationem legata. Ist die Erbschaft des Vermächtnißgebers angetreten, so ist das dingliche Recht der Servitut sofort dem Legatar erworben, obgleich er von dem Legat nicht einmal Kunde hat. Das liegt im ersten Satze; denn, wenn der Legatar noch unkundig zwei Jahre hindurch, so lehrte Pomponius[88]), sie nicht ausgeübt hat, so ist ihm die Servitut non utendo verloren; verlieren auf diese Weise aber kann man nur die schon erworbene Servitut. Sodann wird der Fall gesetzt, daß der Legatar das Eigenthum seines mit der Servitut begabten Grundstücks, immer noch unkundig des Legats, an einen Anderen übertragen habe, z. B. an einen Käufer[89]), und dieser noch

88) Die Worte „per constitutum tempus ad amittendam servitutem" sind Interpolation für „biennio" oder „per biennium."

89) Zu *vendideris* ist hinzuzudenken *et tradideris*, nach altem Recht vielleicht *mancipio dederis*.

vor Ablauf der Verjährungszeit das Wegerecht ausübe. Dann ist dasselbe endgültig mit dem Grundstück verbunden und der Legatar kann nicht etwa durch Ablehnung des Legats den Erwerb der Servitut noch rückgängig machen, da er nicht mehr Eigenthümer des berechtigten Grundstücks, also nicht der Servitutberechtigte ist. Der jetzige Eigenthümer kann nach Belieben die Servitut aufgeben, wie jede erworbene Servitut, aber nicht das Legat ablehnen, was nur von Seiten des Legatars oder seines Erben geschehen kann. Dem Legatar selbst in dem vorliegenden Fall, so lange er das Grundstück noch nicht veräußert hat, gesteht Pomponius stillschweigend das ius repudiandi legatum noch zu, nimmt also gar keinen Anstoß daran, obgleich er von der Sabinianischen Ansicht ausgeht, daß die Servitut dem Legatar ipso iure schon erworben sei. Was nun hier von der servitus per vindicationem legata gesagt ist, das mußte analog ebenso Anwendung finden auf das Vindicationslegat einer Sache; diese wurde adita hereditate ipso iure Eigenthum des Legatars, wenngleich dieser noch durch repudiatio legati den Eigenthumserwerb rückgängig machen konnte, und consequent mußte man behaupten, daß ihm auch hier das ius repudiandi nicht mehr zustehe, wenn er, noch unkundig des angefallenen Legats, aber aus anderem Grunde irrig die Sache für die seinige haltend, dieselbe einem Anderen in der Absicht der Eigenthumsübertragung tradirt oder mancipirt hatte [90]); und consequent ist ebenso zu behaupten, daß dem Erben des Legatars, der die ihm ipso iure ohne sein Wissen angefallene Sache seinerseits als vermeintlich ihm ohnehin schon gehörende Sache einem Dritten vermacht hat, nicht zustehe, dieses Legat durch Repudiatio

90) Vgl. Ihering in den Jahrb. für Dogmatik II. S. 155 fg. Arndts Pand. §. 145. Anm. 2. a. E.

des seinem Erblasser hinterlassenen Legats willkürlich seiner Wirksamkeit zu berauben, weil die vermachte Sache ohne Wissen des Vermächtnißgebers eine fremde gewesen sei.[91]).

Und wie beschwichtigt unser Gegner das Bedenken, das auch ihm die L. 19. §. 1. cit. unabweislich erregen mußte? „Ein solcher Widerspruch", so lesen wir S. 197, „kann bei einem Juristen nicht auffallen, der, als ein Zeitgenosse des Gaius, vor wie nach der Entscheidung der Controverse (durch Antoninus) lebte und daher, bis diese eintrat, der Ansicht seiner Schule folgte." Die L. 19. §. 1. cit., „wenn sie nicht vielleicht blos die Ansicht des Sabinus enthält", muß aus einer Zeit stammen, „wo sich die Meinungen der beiden Schulen noch als gleichberechtigte gegenüberstanden", und nur durch ein Versehen der Compilatoren ist sie in die Justinianische Gesetzgebung aufgenommen worden. — Erstaunlich! — S. 196. wird als schlagenden Beweis gebend, „daß schon die späteren Sabinianer nur noch die Ansicht des Proculus in Anwendung brachten", vorgeführt L. 38. §. 1. D. de legat. I. Diese hat die Inscription: *Pomponius libro sexto ad Sabinum*; S. 197. finden wir, was eben angeführt ist, bemerkt über L. 19. §. 1. cit., und diese ist inscribirt: *Pomponius libro* trigesimo secundo *ad Sabinum.* Wer desungeachtet durch obige Bemerkungen sich beschwichtigen läßt, dessen Friedensstimmung ist durch keine Polemik zu alteriren.

Als die herrschende Meinung über die Reception der Sabinianischen Lehre bestätigend führt Crailsheim a. a. O. S. 388 mit gutem Grund noch an L. 91. §. 6. D. de legat. I. von Julian und L. 69. pr. D. eod. von Gaius[92]), und schließlich L. 1. §. 1. D. de

91) Vgl. oben S. 88, S. 278 fg.; Thl. 46. S. 153 fg.

92) Vgl. oben S. 202 Anm. 14; S. 217 fg., S. 247 N. 1; S. 260 N. 25; Thl. 46 S. 439 N. 8.

usufr. accresc. VII. 2., worin Ulpian billigend eine Sentenz aus dem 35sten Buch der Digesten Julian's vorbringt, welche ganz entsprechend der Sabinianischen Ansicht den einem Sclaven zweier Herren vermachten Usus-fructus zuerst als beiden Herren (selbstverständlich: ipso iure) erworben voraussetzt (utrique domino adquisitus) und dann gleichwohl noch durch repudiatio legati von Seiten des einen Herrn denselben pro parte vacant werden läßt, wo es sich dann fragt, ob diese pars dem anderen Herrn accrescire oder an den Proprietar falle, eine Stelle, die nicht nur evident beweist, daß noch Ulpian der Sabinianischen Ansicht huldigte, sondern auch deren Reception im Justianischen Recht um so mehr bestätigt, als sie erweislich von den Compilatoren mit Ueberlegung verarbeitet worden ist[93]).

Mit Recht hat zudem schon Fitting a. a. O. S. 166. ganz besonders als beweisend den Umstand hervorgehoben, daß wir von der Proculianischen Lehre im Justinianischen Rechte kaum noch schwache Spuren finden[94]), so daß, was Gaius über diesen Streit der Schulen berichtet, für uns ganz neu gewesen ist. Einiges Bedenken hat jedoch eine Stelle Ulpian's erregt, L. 13. §. 3. D. ad legem Aquil. IX. 2., welche nach dem florentinischen Text lautet:

93) Vgl. oben S. 146 fg. Anm. 97. fg.

94) Fitting führt als solche an L. 64. (in Mommsen's Ausgabe L. 65.) D. de furt. XLVII. 2. von Neratius, welche er in Anm. 13. mit Berichtigung der Interpunktion gut erklärt, welche übrigens nur durch si *voluerit* die Proculianische Meinung verräth, wo Papinian in L. 80. D. de legat. II. sagt ubi *non repudiavit* (oben S. 294 fg.); L. 20. D. de legat. II. von Celsus (vgl. oben S. 25); L. 59. D. eod. (vgl. oben S. 288 fg.); L. 12. pr. D. de legat. I., wobei zu bemerken ist, daß Mommsen mit den Worten „Proculus ait" nicht das pr. schließt, sondern den §. 1. beginnt (vgl. §. 1525. c.).

Si servus legatus post aditam hereditatem sit occisus, competere legis Aquiliae actionem legatario, si non post mortem servi adgnovit legatum: quodsi repudiavit, consequens esse ait Julianus dicere, heredi competere.

Darnach wäre dem Legatar, wenn er das Legat erst nach dem Tode des nach Antretung der Erbschaft getödteten Sclaven annähme, die actio legis Aquiliae abgesprochen; nach der Sabinianischen Ansicht müßte diese ihm zugesprochen werden, wenn er nur nicht ablehnt, da er darnach adita hereditate ipso iure etiam ignorans Eigenthümer des vermachten Sclaven geworden wäre. Crailsheim a. a. O. S. 389. versucht zwar die Stelle als nicht widersprechend der Sabinianischen Lehre, diese vielmehr geradezu bestätigend zu erklären, indem er „si non" versteht als „etsi non", und sich über das Bedenken, daß es dann statt „post mortem servi" heißen sollte „post aditam hereditatem", durch die Annahme hinweghilft, daß der Jurist sich die Tödtung des Sclaven so schnell nach der Erbantretung folgend denke, daß inzwischen die Agnition kaum stattfinden konnte; er hat aber selbst, und mit Recht, zu dieser Erklärung kein Vertrauen. Aber der florentinische Text, obgleich durch die Basiliken bestätigt[95]), ist unhaltbar selbst nach der Ansicht der Proculianerschule. Darnach war freilich der per vindicationem legirte Sclave, nach der Erbantretung, so lange der Legatar das Legat weder angenommen noch abgelehnt hatte, nullius; aber retro ab adita hereditate fuisse videbatur

95) Die Basil. LX. tit. 3. Cap. 13. §. 3. haben: *εἰ μὴ ἄρα μετὰ τὴν ἀναίρεσιν κατεδέξατο* (Heimb. vol. V. pag. 277.: nisi post occisionem agnovit). Eine Scholie setzt hinzu: *τότε γὰρ ἴμφακτος ἁρμόζει* („tunc enim in factum actio competit").

des Legatars, wenn er das Legat annahm, des Erben, wenn es abgelehnt wurde. Die Proculianer konnten doch nicht zugeben, daß in jener Zwischenzeit Jemand den Sclaven tödten konnte, ohne die actio legis Aquiliae fürchten zu müssen, die doch, wenn die Tödtung vor der Erbantretung geschehen war, nach des Proculianers Celsus Ausspruch hereditati und dadurch dem künftigen Erben zukam. In Beziehung auf diesen Fall, sagt Julian in L. 7. §. 5. D. de dolo IV. 3., jene Klage werde dem Legatar nicht erworben, „quoniam, priusquam factus sit legatarii, interemptus est“; also, wenn die Tödtung erst nach der Erbantretung geschah, stand die Klage dem Legatar zu, quoniam servus interemptus adita hereditate legatarii factus erat. In L. 13. §. 3. cit. ist daher die Negation zu beseitigen, sei es durch bloßes Streichen, wie als vulgata lectio angegeben wird, oder durch Emendation des non, was sich mehr empfiehlt[96]). Haloander gibt „si modo“, und das entspricht auch wohl dem Zusammenhang[97]); Mommsen aber schlägt vor zu lesen: „si vel“, indem das non entstanden sein könne durch Verwechslung der notae Ū und N̄, und das scheint noch treffender in dem Sinne: „wenn er auch erst nach der Tödtung des Sclaven für Annahme des Legats sich entschieden hat“[98]). Jedenfalls ergibt sich, daß L. 13. §. 3. cit. nicht zum Gegenbeweise gegen die oben vertheidigte Meinung dienen

96) Vgl. Gebauer-Spangenberg corp. iur. ad h. l. (vol. I. p. 170. not. 100), Schulting-Smallenburg ad h. l.

97) Noodt ad legem Aquiliam lib. sing. cap. 11. (opp. omn. pag. 136) billigt *si modo post*, mit den Worten: quod suadet Codex Haloandrinus; wie auch in L. 2. pr. D. si quis caut. II. 11. Haloander si modo hat, statt des florentinischen si non.

98) Vgl. Arndts civilist. Schriften II. S. 387 fg.

kann, wie denn auch Köppen dieselbe nicht zum Beweise seiner Meinung benutzt hat[99]).

Gegen diese haben sich denn auch mit Crailsheim a. a. O. die Meisten erklärt[100]), und man möchte wohl Windscheid's Anmerkung zu §. 643. seines Lehrbuchs allein schon als genügende Widerlegung derselben ansehen und die vorstehende ausführliche Erörterung für überflüssig erklären. Aber, wie schon oben S. 275. angegeben, Jhering hat der Ausführung Köppen's zugestimmt, und zwar mit der Bemerkung, es gereiche der heutigen Jurisprudenz nicht gerade zum Lobe, daß sie sich durch den Widerspruch Köppen's in ihrem Behagen bei der bisher herrschenden Meinung nicht habe irre machen lassen — „etwas weniger Glaube und etwas mehr Kritik wäre besser gewesen" — [1]). Dem gegenüber war es doch wohl nicht überflüssig, die Ausführung Köppen's noch einmal einer genauen Kritik zu unterziehen. Es handelte sich darum, ob jene beweise, was sie zu beweisen sich zur Aufgabe gemacht; dies aber war, daß bezüglich des nach Gai. II. 195. unter den beiden Schulen streitigen Punktes nicht die Ansicht der Sabinianer in der späteren Jurisprudenz die herrschende geworden und im Justinianischen Recht aufgenommen, derselbe vielmehr durch die der Proculianer verdrängt worden sei.

Erkennt man diese Beweisführung als mißlungen — und

99) Vgl. Arndts in Weiske's Rechtslex. VI. S. 325, civilist. Schr. II. S. 465.

100) Arndts Pand. §. 560. (seit der 5. Aufl.) Anm. 2. Unger Erbr. §. 62. Anm. 2. Vangerow II. §. 529. Windscheid Pand. §. 643. Anm. 2. Seuffert Pand. §. 612. Anm. 1. Baron Pand. §. 443. 445. 450. Wächter, das schwebende Eigenthum, Leipzig 1871. S. 6. fg., 23 fg., auch Brinz Pand. 1. Aufl. S. 954 Abs. 1; vgl. 2. Aufl. S. 594.

1) Jahrb. für Dogm. des PR. X. S. 479.

daß sie an großen Schwächen leidet, wird, denk' ich, jetzt auch Ihering zugeben —, so mag man immerhin den Sabinianern und den Verfassern der Justinianischen Rechtsbücher und so weiter auch der neueren Jurisprudenz vorwerfen, daß sie sich noch nicht zu der Theorie von „passiven Wirkungen der Rechte", auch künftiger Rechte, emporgeschwungen haben; ungerecht aber wäre der Tadel, daß man durch eine mißlungene Beweisführung sich nicht irre machen lasse in einer bisher für richtig erkannten Theorie des justinianisch-römischen Rechts. Zudem würde Köppen's Beweisführung, wenn sie gelungen wäre, ergeben haben, daß im Justinianischen Recht die Proculianische Ansicht aufgenommen sei, und diese ist, wie Ihering S. 480. angibt, ebenfalls weit entfernt von jener Theorie passiver Wirkungen der Rechte, indem sie in der Zeit von Antretung der Erbschaft bis zur Agnition des Legats keinem, weder dem Legatar, noch dem Erben, das Eigenthum beilegt. Das eine Bedenken dagegen, das Ihering S. 477. vorbringt, daß nehmlich darnach in dieser Zwischenzeit die Sache schutzlos wäre, würde zwar nach Köppen S. 193 sich erledigen. Zu dem Satze der Proculianer „*nullius* interim eam rem esse" bemerkt er in Anm. 178.:

> „Natürlich gehören demungeachtet die legirten Sachen in der Zwischenzeit zur Erbschaft, so daß dem Erben auch ihretwegen die rei vindicatio und actio familiae herciscundae zusteht: L. 66. D. de R. V. (6. 1). L. 12. §. 2. D. fam. herc. (10. 2.)."

Also: der Erbe konnte noch nicht intendiren: „eam rem ex iure Quiritium eius esse", aber noch: „eam rem ex iure Quiritium hereditatis Titii defuncti esse", obgleich die Hereditas schon angetreten war? Wer glaubt das? Und was sagen die angeführten Stellen? Die erste, von Paulus, sagt: Non ideo minus recte

quid nostrum esse vindicabimus, quod abire a nobis dominium speratur, si condicio legati vel libertatis extiterit; und die zweite, von Ulpian: Res, quae sub condicione legata est, interim heredum est et ideo venit in familiae erciscundae iudicium . . . . Idem et in statulibero dicitur, qui interim est heredum, existente autem condicione ad libertatem perveniat.— Unter vielen schwachen Argumentationen ist diese wohl die schwächste. Beide Stellen sprechen von bedingtem Vindicationslegat und bedingter testamentarischer Freilassung, und setzen beide voraus, daß nach Antretung der Erbschaft bis zur Erfüllung der Bedingung der Erbe Eigenthümer der vermachten Sache, des freigelassenen Sclaven sei.

Bisher ist nur die erste Abhandlung von Köppen (in Band V. der dogmat. Jahrb.) zu widerlegen versucht worden, ohne auf die zweite, seit jener Zustimmung Ihering's (in Bd. XI. der Jahrb.) erschienene Rücksicht zu nehmen; es ist nunmehr noch zu untersuchen, ob durch diese jener Widerlegungsversuch entkräftet werde?

In geistvoller fesselnder Darstellung entwickelt der §. 3. der zweiten Abhandlung, wie Rechtsverhältnisse aus Rechtsgeschäften successive entstehen und zur Vollendung gelangen, wovon die in §. 2. besprochene successive Entstehung von Rechtsgeschäften streng unterschieden wird. Zum Begriff eines Rechtsgeschäfts erfordert der Vf. (S. 152) eine Privatwillenserklärung, die nicht nur auf eine Rechtsänderung gerichtet und zu deren Eintritt wesentlich ist, sondern in der That auch eine Rechtsänderung bewirkt. Die Jurisprudenz soll nur das Geschäft ein Rechtsgeschäft nennen, welches ein Rechtsverhältniß erzeugen und deshalb eine durch das Recht gesicherte Existenz haben kann. Eine Willenserklärung, durch welche zwar eine Rechtsänderung bezweckt und auch der Eintritt derselben bedingt ist, deren Wirksamkeit aber noch von der

Vereinigung mit anderen Willenserklärungen oder sonstigen Thatsachen abhängt, deren Existenz daher lediglich auf dem fortdauernden Willen ihres Subjekts beruht, wird nur als ein Theil von dem Thatbestande eines Rechtsgeschäfts betrachtet und das Geschäft, das damit angefangen, als ein unvollendetes oder noch schwebendes dem fertigen Rechtsgeschäft gegenübergestellt. Diesemnach ist das Testament, die letztwillige Verfügung, an sich noch kein vollendetes Rechtsgeschäft. Bis zum Tode des Testators hat das Testament noch keine rechtliche Wirkung; es kann willkürlich aufgehoben oder geändert werden. Erst mit dem Tode des Erblassers ist nach des Vf. Begriffen die letzte Willensordnung ein vollendetes Rechtsgeschäft. Nun erst kann, und von nun an kann nur mehr von Rechtsverhältnissen, die sie erzeugt, die Rede sein [2]). Nun erst beginnt die rechtliche Wirksamkeit, wie der Erbeinsetzung, so auch des Vermächtnisses. Aber das Rechtsverhältniß, auf welches der Vermächtnißwille hinzielt, beginnt erst zu entstehen; es sind noch verschiedene Stadien der Entwickelung zu durchschreiten, bis der Rechtserwerb, den der Erblasser durch das Vermächtniß zugedacht hat, sich vollendet.

2) Es ist hier nicht der Ort, diese neue Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäfts zu kritisiren. Sie hat aber schon starke Anfechtung erfahren. Windscheid in der 4. Aufl. seines Lehrb. der Pand. §. 69. Anm. 1. a. E. bemerkt darüber: „Köppen will Rechtsgeschäft nicht die auf die Hervorrufung einer Rechtsänderung gerichtete Willenserklärung genannt wissen, sondern nur eine solche, durch welche eine Rechtsänderung wirklich bewirkt werde. Deßwegen sei das Testament vor dem Tode des Erblassers kein Rechtsgeschäft; man dürfte in diesem Sinne auch nicht von einem nichtigen Rechtsgeschäft reden. Ich sehe von dieser Einengung des juristischen Sprachgebrauchs keine Vortheile, sondern nur Nachtheile."

Das erzielte Rechtsverhältniß kommt nur successive zur Entstehung.

Als in der Bildung begriffene Rechtsverhältnisse werden S. 163. genannt die bedingten und die betagten Rechtsverhältnisse. Das bedingte Rechtsverhältniß, mag die Bedingung auf Privatdisposition beruhen oder eine condicio iuris sein, ist eine durch das Recht geschützte Hoffnung auf das beabsichtigte Rechtsverhältniß (Entstehung, Aufhebung, oder Aenderung des Rechts). Mit ihr beginnt das Rechtsverhältniß, um durch den Eintritt der Bedingung perfect zu werden. Die rechtliche Natur dieser Hoffnung wird dann S. 166 fg. zunächst bei Rechtsverhältnissen aus einem Geschäft unter Lebenden beleuchtet. Die bedingte Obligatio aus einem Versprechen ist ein unbedingtes obligatorisches Recht, welches die spes debitum iri begründet, einstweilen eine obligatio imperfecta, die als solche aber den Entwicklungskeim zu einer Forderung auf die versprochene Leistung in sich trägt und durch den Eintritt der Bedingung zu einer perfecten gewissen Forderung auf diese Leistung wird. Das Dasein dieser perfecta obligatio müßte an sich wohl erst vom Moment ihrer Vollendung datiren; aber in der That wird sie nach derselben so behandelt, als wäre sie sine condicione entstanden (L. 11. §. 1. D. qui pot. XX. 4), als wäre ihr vollendeter Erwerb für den Gläubiger schon eingetreten zu der Zeit, als er die spes acquirirte. Eine condicio, so sagt der Vf. S. 171., nennt das Römische Recht nur die Nebenbestimmung, durch welche die gegenwärtige Existenz eines Rechtsverhältnisses von einer künftigen ungewissen Thatsache abhängig gemacht werden soll. „Wer heute eine Forderung sub condicione einräumt, gleichviel ob unter einer condicio facti oder einer condicio iuris, will, daß sie von heute an zum Vermögen des Gläubigers gehört, falls sich die Bedingung erfüllt.“ Daher muß die

Vollendung der Obligation auf die Zeit des Vertragschlusses zurückgezogen werden. Soll nicht die gegenwärtige, sondern die künftige Existenz der Forderung von einer noch ungewissen Thatsache abhängig sein, wenn und von da ab, wo diese eintritt, so ist diese Nebenbestimmung keine reine condicio mehr, sondern ein dies incertus, Bedingung und Zeitbestimmung zugleich. Die Erfüllung der Bedingung bewirkt, daß die Forderung so behandelt wird, als wäre sie von vornherein ohne Bedingung, nur unter einem dies a quo contrahirt, der nun zugleich eingetreten ist. Auch die unter einem dies certus contrahirte Obligation ist übrigens die pendente noch eine obligatio imperfecta, von der bedingten dadurch verschieden, daß bei ihr die Vollendung nicht zurückgezogen wird und diese schon gewiß ist (S. 178. fg.). Nachdem so die Natur einer bedingten Obligatio aus einem Rechtsgeschäft unter Lebenden gezeichnet worden, wird nun S. 180 fg. behauptet, daß in gleicher Weise die Bedingung auch bei der Eigenthumsübertragung wirke. Durch die bedingte Tradition, sagt der Vf., erwirbt der Empfänger sofort ein dingliches Recht, die spes auf das Eigenthum, begonnenes Eigenthum, dessen Vollendung in pendenti ist. Der gegenwärtige Eigenthumserwerb soll in pendenti sein; die Perfection desselben ist auf die Zeit der Tradition zurückzuziehen. Der Empfänger kann schon jetzt als Eigenthümer Rechte an der Sache einräumen, aber ebenfalls nur als bedingte, wie sein Eigenthum bedingt ist, die daher zugleich mit diesem perfect werden, mit rückwirkender Kraft. Der Tradent ist noch Eigenthümer; er kann die Sache noch gültig veräußern, mit dinglichen Rechten belasten, wegen Verletzung des Eigenthums klagen. Aber für ihn ist schon der Verlust des Eigenthums begonnen, nur noch in pendenti; wird dieser Verlust, andererseits des Empfängers Erwerb perfect, so ist nun entschieden, daß früher

schon nicht der Tradent noch das Eigenthum hatte, sondern der Empfänger schon Eigenthümer war, und sind die von jenem vorgenommenen dinglichen Verfügungen über die Sache nichtig. Den Beweis für diese Wirkungen der bedingten Tradition findet der Vf. in den Grundsätzen, welche auf das pure errichtete s. g. Eigenthumsvermächtniß zur Anwendung kommen, welchen die bedingte Eigenthumsübertragung (in L. 8. D. de reb. cred. XII. 1.) gleichgestellt wurde, weil der Empfänger hier in demselben rechtlichen Verhältniß stehe, in welchem sich dort der Erbe befindet. So kommt der Vf. a. a. O. S. 182. fg. wiederum auf die berühmte Streitfrage der römischen Juristenschulen zu sprechen, die uns schon so lange beschäftigt, berührt aber dieselbe noch einmal S. 205 fg. im Zusammenhang der Erörterung über die aus Rechtsgeschäften auf den Todesfall hervorgehenden bedingten und betagten Rechtsverhältnisse (S. 195—218).

Der Vf. geht davon aus, daß, wie er in seiner ersten Abhandlung bewiesen habe, die Ansicht der Proculianer seit Antonin die herrschende geworden und im Justinianischen Rechte recipirt sei, und construirt diese Lehre darnach in folgender Weise. Nach dem Erbschaftsantritt ist die (nach altem Recht per vindicationem) legirte Sache einstweilen noch nullius in bonis, aber zugleich dem Legatar und dem Erben sub condicione erworben; dem ersten unter der condicio iuris, daß er das Vermächtniß agnoscirt, dem anderen sub contraria condicione, wenn jener das Vermächtniß ablehnt; beide erhalten ein in der Bildung begriffenes Eigenthum, welches (das eine oder das andere) mit dem Eintritt der Bedingung (der einen oder anderen, die einander ausschließen) durch Rückziehung ex die aditae hereditatis perfect wird. Der Erbe kann einstweilen schon Verfügungen über die Sache treffen, aber diese erzeugen nur, entsprechend seinem in der Entstehung be-

griffenen Eigenthum, in der Entstehung begriffene dingliche Rechte, die durch die Ablehnung des Legatars rückwärts zur Vollendung gelangen, durch die Annahme des Legats aber erlöschen, wie die spes, aus der sie sich ableiten. Das hinterlassene Eigenthum der vermachten Sache ist demnach provisorisch ein Erbschaftsrecht, und werden daher auch die aus dessen Verletzung entstehenden Klagen zunächst Erbschaftsklagen, die Früchte der Sache Erbschaftsfrüchte, wie zur Zeit der hereditas iacens; aber durch die Agnition oder Repudiation des Vermächtnisses zeigt sich, daß sie dies nur interimistisch gewesen sind, weil jetzt der Legatar oder der Erbe als Eigenthümer ex die aditae hereditatis erscheint. Zwischen dem (unbedingten) Eigenthumsvermächtniß und der bedingten Tradition, die sonst nach L. 8. D. cit. ganz analog sind, indem sie gleichzeitig für zwei Personen unter entgegengesetzten Bedingungen pendentes Eigenthum bewirken, findet hiernach nur in Einer Beziehung eine Verschiedenheit statt: „das legirte Eigenthum hat pendente condicione kein Subjekt, welches über dasselbe disponiren und die durch seine Verletzung begründeten Klagen anstellen kann; für das sub condicione tradirte Eigenthum existirt ein solches Subjekt in der Person des Tradenten."

So sagt Köppen a. a. O. S. 184 fg., und scheint damit stillschweigend die oben S. 316 fg. angefochtene Anmerkung 178. zu seiner früheren Abhandlung zurückzunehmen. Nach dieser so ausgedachten Theorie der Proculianer bezüglich des alten Vindicationslegats, die das spätere Recht adoptirte, erwirbt der Legatar, wenn das Vermächtniß pure hinterlassen ist, mit dem Erbschaftsantritt, so heißt es S. 205., deferirtes Eigenthum an der legirten Sache, d. i. ein dingliches Recht, welches unter der Bedingung der Agnition perfectes Eigenthum

ex die aditae hereditatis wird; für den Legatar tritt damit ein gleiches Verhältniß ein, wie für den freiwilligen Erben mit seiner Berufung; diesem wird die Erbschaft deferirt, d. h. auch hier, sie wird ihm acquirirt unter der Potestativbedingung, daß er sie haben will, wie jenem das legirte Eigenthum deferirt bezw. acquirirt wird; und wie hier die Vollendung des angefangenen Eigenthumserwerbes nach Erfüllung der Potestativbedingung vom Erbschaftsantritt datirt, so wird die Vollendung des Erwerbs der Erbschaft von dem Erbschaftsantritt auf die Todeszeit des Erblassers zurückgezogen.

Der Proculianischen Theorie wird S. 208 fg. die der Sabinianer in folgender Weise gegenübergestellt: Der Legatar soll die vermachte Sache mit dem Erbschaftsantritt ohne sein Wissen und Wollen erwerben und, wenn er später repudiirt, so zu Gunsten des Erben wieder verlieren, wie wenn sie ihm nicht hinterlassen wäre. Er mußte also als Eigenthümer unter der Resolutivbedingung der Repudiation behandelt werden, wie ein Käufer, der das Eigenthum unter der Verabredung ut, si displicuisset, res inemta esset, erworben hat. Diese Annahme aber verletzte den Grundsatz: liberalitas nolenti non adquiritur; der Legatar verlor darnach durch confusio die ihm an der Sache zustehenden iura in re und bedurfte daher im Fall der Repudiation der i. i. restitutio; den Erben wurde darnach in diesem Fall nur das Eigenthum der vermachten Sache ipso iure, bezüglich der Accessionen in der Zwischenzeit nur eine Forderung erworben. Sollten diese Wirkungen des singulären unfreiwilligen Erwerbes beseitigt werden, so mußte man dem Legatar noch ein dem beneficium abstinendi analoges Recht geben. Das genügte aber nicht der Intention des Erblassers, die dahin geht, daß, wie der Legatar im Fall der Agnition, so der Erbe im Fall der Repudiation das Eigen-

thum der Sache und ihre Accessionen direct aus der Erbschaft erwerben soll. Dies fordert gleichzeitige Acquisition für beide Theile sub contrariis condicionibus. Deshalb adoptirte Antoninus Pius die Theorie der Proculianer, „die seitdem nicht mehr angefochten und auch im Justinianischen Recht bestätigt wurde." So der Vf. S. 210. Als beweisend die übereinstimmende Annahme derselben hebt er die zum Theil von Sabinianern herrührenden Stellen hervor, in denen gesagt wird: je nachdem das Vermächtniß repudiirt oder agnoscirt werde, komme das Eigenthum rückwärts ex die aditae hereditatis an den Erben oder den Legatar. „Die Ansicht der Sabinianer", sagt er, „schloß diese Rückziehung für den Legatar unbedingt aus; da er nach ihr sofort mit dem Erbschaftsantritt Eigenthümer ward, konnte er es rückwärts nicht mehr werden". Und eine deutliche Anerkennung der Lehre, daß die vermachte Sache gleichzeitig dem Erben und dem Legatar unter entgegengesetzten Bedingungen erworben werde, findet der Vf. jetzt auch in L. 3. §. 2. Cod. commun. de legat. et fid. VI. 43. Endlich wird S. 212 fg. noch die einzige Stelle, welche Köppen in seiner früheren Abhandlung als mit seiner Ansicht im Widerspruch stehend anerkannt hatte — L. 19. §. 1. D. quemadm. serv. am. VIII. 6. s. oben S. 309 —, jetzt als wohl vereinbar mit seiner Proculianischen Theorie erklärt.

Sehen wir uns jetzt diese Theorie mit prüfendem Auge rückwärts genauer an, so fällt uns zunächst die Erklärung der L. 19. §. 1. cit. auf.

„Wie das Eigenthum, so erwirbt der Legatar auch das ius in re, welches ihm der Erblasser an einer eigenen Sache hinterläßt, sub conditione der Agnition; es kommt auch hier mit dem Erbschaftsantritt ein dingliches Recht zur Existenz, welches sich durch die Erfüllung dieser Bedingung zu dem legirten Rechte ausbildet. Ist z. B. eine

Prädialservitut vermacht, so verbindet sich diese mit dem praedium dominans als ein Recht, dessen Entstehung angefangen hat. Agnoscirt der Legatar, so wird es ex die aditae hereditatis perfect, repudiirt er, so geht es unter. Veräußert er aber das Grundstück, ohne zuvor seine Entscheidung zu treffen, weil er von dem Vermächtniß keine Kunde hat, so geht die deferirte Servitut auf den Singularsuccessor über, wie sie beim Tode des Legatars auf dessen Erben übergehen würde: denn die Zuwendung des Vermächtnisses ist mit der Delation erfolgt, weil der definitive Erwerb nur noch von dem Willen des Legatars abhängig ist. Aus diesem Grunde erlischt auch die Servitut nicht erst durch zehnjährigen non usus seit der Agnition, sondern die Frist läuft schon vom Erbschaftsantritt".

So lautet die Erklärung der L. 19. §. 1. cit., die wir S. 212. lesen — in der That: ein Kunststück! Ein Recht, dessen Entstehung erst angefangen hat, das also noch nicht entstanden, nicht schon erworben ist, soll man doch schon durch Nichtausübung verlieren. Wird die Vollendung der angefangenen Entstehung eines Rechts vereitelt, so verliert man wohl die eröffnete Aussicht auf den Erwerb dieses Rechts, aber man verliert nicht dieses Recht selbst, als welches eben noch nicht entstanden, nicht erworben war. Wird die Entstehung der vermachten Servitut erst durch die Annahme des Vermächtnisses perfect, so geht durch dessen Ablehnung nicht die noch nicht entstandene Servitut unter; es wird nur die Perfektion der Entstehung derselben vereitelt; der Legatar verliert durch die Ablehnung des Vermächtnisses nicht die noch nicht erworbene Servitut, sondern gibt nur die ihm dargebotene Möglichkeit, die Servitut zu erwerben, auf. Daß der Legatar die vermachte Servitut, während er von dem Vermächtniß nichts weiß und darum es weder annehmen noch

ablehnen kann, durch Nichtausübung verlieren könne, das kann correkt nur gesagt werden, wenn man von der Ansicht ausgeht, daß die Servitut schon ohne die Agnition dem Legatar erworben sei. In Köppen's Erklärung stellt sich ein Recht, dessen Entstehung mit dem Erbschaftsantritt erst angefangen hat, als eine schon in diesem Zeitpunkte zur Existenz gelangte Prädialservitut dar, ein mit dem praedium dominans verbundenes dingliches Recht. Dieses soll nun, wenn der Legatar, ehe er das Legat angenommen hat, das Grundstück veräußert, auf den Singularsuccessor übergehen, aber eben doch nur als deferirtes Recht, dessen Erwerb erst durch Annahme vollendet wird, so wie beim Tode des Legatars das vermachte Recht auf dessen Erben übergehen würde. Dieser Vergleich ist aber nicht passend. Auf die Erben des Legatars geht das Vermächtniß über, wenn dieser nur den dies legati cedens erlebt; dann erwerben jene, wie dieser ihr Erblasser, in Folge der Erbantretung das vermachte Recht, sei es nun ipso iure oder durch Annahme, jedenfalls aber mit dem Recht der Ablehnung des Vermächtnisses, wie es ihr Erblasser hätte ablehnen können, und so steht es denn auch, wenn der Legatar auch den Erbschaftsantritt noch erlebt hat, aber dann ohne Kenntniß von dem Vermächtniß, ohne erklärte Annahme oder Ablehnung, gestorben ist. So auch geht denn das Vermächtniß einer Prädialservitut auf die Erben des Legatars über, vorausgesetzt nur, daß sie zu der Zeit, da der Erwerb der Servitut sich vollendet, noch Eigenthümer des bestimmten Grundstücks sind. Daß aber auch auf den Singularsuccessor im Eigenthum dieses Grundstücks das Vermächtniß der Servitut sich übertrage, das läßt sich nicht behaupten. Veräußert der Legatar post diem legati cedentem das Grundstück, für welches ihm eine Servitut an einem Grundstück der Erbschaft vermacht ist, so kann er nach Antritt

der Erbschaft die vermachte Servitut, weil nicht mehr Eigenthümer jenes Grundstücks, nicht erwerben. Daß der jetzige Eigenthümer desselben nun sie erwerben könne, das läßt sich in keiner Weise begründen, man möchte denn so kühn sein, die dem Titius vermachte Prädialservitut als ein eigentlich dem Grundstück desselben als juristischer Person vermachtes Recht aufzufassen, das dann jeder Rechtsnachfolger des Titius als Repräsentant des mit dem Legat bedachten Grundstücks geltend machen könne. Aber auch wenn der Legatar dann noch die Antretung der Erbschaft erlebt, kann der Singularsuccessor nicht das vermachte Recht erwerben, wenn der Erwerb desselben durch die Annahme des Vermächtnisses bedingt ist, der Legatar aber ohne Annahme gestorben ist. Der Singularsuccessor succedirt in das Eigenthum des Grundstücks, so wie dasselbe zur Zeit beschaffen ist; mit dem Eigenthum ist das vom bisherigen Eigenthümer erworbene Servitutrecht verbunden; wird nun die vermachte Servitut dem Legatar erst durch die Annahme des Legats erworben, so war sie zur Zeit der Veräußerung noch nicht mit dem Eigenthum des Grundstücks verbunden und kommt so dem Erwerber nicht zu. Köppen sagt zwar, die Zuwendung des Vermächtnisses sei mit der Delation erfolgt, weil der definitive Erwerb nur mehr von dem Willen des Legatars abhänge; daher gehe die deferirte Servitut auch auf den Singularsuccessor über. Aber dieses sind nur Worte, die den Mangel eines schlagenden Grundes nicht zu decken vermögen. „Die Zuwendung des Vermächtnisses ist mit der Delation erfolgt", das heißt in der That nicht mehr, als daß es nun lediglich in den Willen des Legatars gestellt ist, das vermachte Recht zu erwerben; wenn aber der wirkliche Erwerb der vermachten Prädialservitut noch abhängig ist von dem Willen des Legatars, so ist sie ohne diesen Willen eben noch nicht erworben, und ist sie noch nicht erworben, so ist

sie noch nicht als Recht mit dem Eigenthum des begünstigten Grundstücks verbunden, und so kann sie auch nicht demjenigen, der jetzt als Singularsuccessor dieses Eigenthum erwirbt, erworben sein.

Mir scheint nach wie vor die L. 19. cit. unwiderleglich zu beweisen, daß deren Verfasser Pomponius von der Sabinianischen Ansicht ausging. Wie das (durch Vindicationslegat) vermachte Eigenthum einer Sache der Erbschaft, so auch wird ein vermachtes anderes dingliches Recht an einer Erbschaftssache durch den Erbschaftsantritt sofort ipso iure auch dem unwissenden Legatar erworben. Daher beginnt von da an schon die Verjährung der Servitut, als welche lediglich Folge der thatsächlichen Unterlassung der Servitutübung ist, ohne Unterschied, ob der Berechtigte aus Unkunde seines Rechts oder aus anderem Grunde die Ausübung unterlassen hat. Daher erwirbt derjenige, dem der noch unwissende Legatar das Grundstück veräußert, mit dem Eigenthum desselben zugleich auch das jetzt schon damit verbundene Recht der Servitut. Freilich konnte der Legatar nach der Sabinianischen Ansicht den ipso iure eingetretenen Erwerb durch Ablehnung des Legats wieder vernichten. Aber nachdem durch die Veräußerung des Grundstücks das mit dessen Eigenthum verbundene Recht schon auf einen Anderen übergegangen, könne, so sagt Pomponius, dem Legatar nicht mehr das Recht zustehen, durch Repudiation das nicht mehr ihm gehörende Eigenthum des Grundstücks zu schmälern. Darin spricht sich gerade entschieden des Pomponius Ansicht aus, daß in Folge des Erbschafts-Antritts der Erwerb der vermachten Servitut und deren Verbindung mit dem Eigenthum vollzogen sei, und es erscheint nur als ein Kunstgriff, um dieser Folgerung auszuweichen, wenn Köppen sagt, durch den Erbschaftsantritt sei die Servitut als „deferirtes Recht“ mit dem Grundstück verbunden.

Wie diese Abwehr der Beweiskraft der L. 19. cit. für die Sabinianische Ansicht schwach erscheint, so auch andererseits der aus L. 3. §. 2. Cod. commun. de legat. et fid. VI. 43. gezogene Beweis für die Reception der Proculianischen Theorie im Justinianischen Recht. Köppen a. a. O. S. 210 fg. geht davon aus, daß, nachdem durch L. 15. Cod. de testam. VI. 23. die Nothwendigkeit bestimmter Formeln für die Legate aufgehoben war, jedes Vermächtniß die Gestalt des Fideicommisses hatte. Dies, meint er, habe wahrscheinlich zu einer Vorschrift von temporärer Geltung geführt, welche dem Vermächtniß nur die obligatorische Wirkung des Fideicommisses beilegte und dadurch dem onerirten Erben die Veräußerung der legirten Sachen ermöglichte. Gegen diese Vorschrift sei Justinian's angeführte Constitution gerichtet. Diese historische Hypothese ist höchst unwahrscheinlich. Wohl hatte unter der Regierung der Söhne Constantin's im J. 339. n. Chr. eine Constitution ausgesprochen: „in legatis vel fideicommissis verborum necessaria non sit observantia", sogar mit dem Zusatze: „ita ut nihil prorsus intersit, quis talem voluntatem verborum casus exceperit aut quis loquendi usus effuderit" [3]). Allein, daß dadurch schon der alte Unterschied zwischen den Legaten und Fideicommissen und zwischen den verschiedenen Arten der Legate ganz aufgehoben worden sei, daß nun jedes Vermächtniß die Gestalt eines Fideicommisses hatte, daß gar durch eine besondere Constitution ausdrücklich jedem Vermächtniß auch nur die Wirkung eines Fideicommisses beigelegt worden sei, das kann nicht angenommen werden. In den sententiae des Paulus, die nach Constantin durch das sog. Citirgesetz vom Jahre 426 n. Chr.

3) L. 21. Cod. de legat. VI. 37. Vgl. L. 15. Cod. cit. und diesen Comment. Th. 46. S. 54.

als receptae sententiae mit besonderem Nachdruck bestätigt worden und die dann in einem Auszug auch noch in der westgothischen Lex Romana v. J. 506. als ein praktisches Rechtsbuch aufgenommen sind, werden Legate und Fideicommisse noch getrennt dargestellt und auch die Verschiedenheiten unter den Legaten, namentlich zwischen Vindications- und Damnationslegaten, noch als praktisch hervorgehoben (III. 6. IV. 1.). Und ebenso finden wir's in dem Auszug aus den Institutionen des Gaius, welchen die westgothischen Compilatoren ihrer Rechtssammlung einverleibt haben (Gaii epit. lib. II. tit. 5. 7.), und zwar hier von dem Texte der ächten Institutionen des Gaius in Worten und Fassung mehrfach abweichend, was noch deutlicher erkennen läßt, daß die Verarbeiter das Vorgetragene noch als praktisches Recht ansahen. Es ist aber wahrscheinlich, daß diese Verarbeitung des Gaius nicht erst von den westgothischen Compilatoren herrührt, sondern von diesen schon als ein gangbares Lehrbuch für den Anfangsunterricht im Recht vorgefunden wurde, und mit gutem Grund hat man vermuthet, daß dieses auf zwei Bücher reducirte Gajanische Lehrbuch auch auf den Rechtsschulen des Ostreiches im Gebrauch gewesen sei. Auch in den Vaticanischen Fragmenten, deren Sammlung jedenfalls erst geraume Zeit nach Constantin entstanden ist, tritt der Unterschied zwischen dem Vindicationslegat und andern Vermächtnissen noch bedeutend hervor[4]). Es ist kein Grund, daran zu zweifeln, daß auch zu Justinian's Zeit noch der Unterschied zwischen dem Vindicationslegat mit dinglicher und dem Damnationslegat mit blos obligatorischer

4) Rudorff, römische Rechtsgeschichte I. §. 104. S. 289. vgl. §. 97. Anm. und §. 112. S. 311. Dernburg, die Institutionen des Gaius ein Collegienheft (Halle, 1869), S. 118 fg.

Wirkung, so wie dem Fideicommiß mit der ihm eigenthümlichen missio in rem in der Praxis sich bemerklich machte. Aber das subtile Recht des alten Vindicationslegats mit seiner engen Beschränkung auf Sachen, die zur Zeit der Errichtung des Legats und zur Zeit des Todes des Vermächtnißgebers in dessen quiritischem Eigenthum sich befanden, konnte der Praxis jener Zeit nicht mehr zusagen; sie mußte es wunderlich finden, daß der Eigenthumserwerb eines vermachten Sclaven oder Reitpferdes dem Legatar gegen willkürliche Veräußerung des Erben unter der angegebenen Voraussetzung gesichert war, nicht aber, wenn der Sclave, das Roß, mit vollem Eigenthumsrechte oder auch selbst nur als sog. bonitarisches Eigenthum in dem Vermögen des Erblassers erst zu dessen Todeszeit sich vorfand, daß bezüglich eines ihm vermachten Provinzialgrundstücks, welches seit alter Zeit dem Erblasser gehört hatte, dem Legatar der dingliche Rechtserwerb versagt war und es einer umständlichen missio in rem bedurfte, um ihn gegen Entziehung des Eigenthums durch Willkürhandlung des Erben zu schützen. Dagegen war Justinian's L. 1. Cod. commun. de legat. et fid. VI. 43. gerichtet, die jedem Vermächtniß einer Sache der Erbschaft die Wirkung des alten Vindicationslegates beilegte. Und in Consequenz dessen erklärte dann Justinian in L. 3. §. 2. Cod. eod., daß fortan Veräußerung der vermachten Erbschaftssache nicht mehr für gestattet und wirksam zu halten sei, wie sie nach altem Recht („secundum veterem dispositionem") in den meisten Fällen, überall nehmlich, wo es an einer der civilen Voraussetzungen des Vindicationslegates gebrach, möglich und wirksam gewesen wäre. Entbehrlich ist es, als die vetus dispositio, gegen welche die L. 3. §. 2. cit. gerichtet sei, sich eine besondere Constitution von temporärer Geltung auszudenken, welche ausdrücklich alle Vermächtnisse nur auf die obligatorische Wirkung des Fideicommisses

beschränkt habe [5]). Indessen dies mag dahin gestellt bleiben. Den Beweis für die Justinianische Reception der proculianischen Theorie findet Köppen ohnehin in dem Satze der L. 3. §. 2. cit.: der mit dem Vermächtniß beschwerte Erbe solle wissen „sciat, quod hoc *quod* alienum est [6]) non ei liceat utpote sui patrimonii existens alieno iuri applicare, quia satis absurdum est et irrationabile, rem, quam in suis bonis pure non possidet, eum ad alios posse transferre .... et alienam spem decipere.“

Darin, findet er, sei deutlich ausgesprochen, daß der Erbe das Vermachte wohl habe, aber nicht iure, sondern sub tacita condicione, sc. si legatarius non agnoscat legatum, daß der Legatar eben auch noch nicht Eigenthümer der vermachten Sache sei, sondern vorerst nur die Hoffnung habe, es zu werden durch Annahme des Vermächtnisses. Aber meines Erachtens kann man mit besserem Recht in den vorhergehenden Worten „hoc quod alienum est“ geradezu eine Anerkennung der Sabinianischen Ansicht finden in Anwendung auf alle aus der Erbschaft in der einen oder anderen Form vermachten Sachen. Dem folgenden Satze den Gedanken unterzulegen: es sei widersinnig, dem Erben die Veräußerung einer Sache zu gestatten, die nicht pure, sondern nur sub condicione zu dessen „Vermögen“ gehöre, das scheint mir eine erkünstelte Auslegung, die dem ganzen Zusammenhang und der Fassung der Stelle nicht entspricht. Der Satz ist auch auf den Fall zu beziehen, wenn eine Sache unbedingt aber erst von einer bestimmten Zeit an (ex die certo) vermacht ist. In diesem Fall aber ist sicher nach Antretung der Erbschaft einstweilen der Erbe Eigenthümer der vermachten

5) Vgl. Th. 46. S. 66.

6) So liest Krüger in seiner Ausgabe des Codex S. 587.; anders Herrmann vgl. Th. 46. S. 64.

Sache; nur ist dessen Eigenthum mit einer Beschränkung in Betreff der Dauer behaftet, kraft deren es später ihm entgeht. Da kann man also in das „pure non possidet“ nicht den Sinn hineinlegen, daß der Erbe vorerst noch nur sub condicione Eigenthum der Sache habe. Und so kann man auch aus den Worten „spem decipere“ nur mit Kunstdruck herauspressen, daß der Legatar auch in Folge des unbedingten und unbetagten Eigenthumsvermächtnisses vorerst bis zur erklärten Annahme nur eine Hoffnung auf den Erwerb des Eigenthums habe, nehmlich wenn er's will. Wir haben hier eine in Justinian's Weise wortreiche Rechtfertigung einer in Consequenz der L. 1. Cod. eod. tit. ganz richtigen Entscheidung: nachdem jedem Vermächtniß einer Sache der Erbschaft die direkte Wirkung des alten Vindicationslegates beigelegt ist, kann consequent überall nicht mehr dem Erben die Möglichkeit zugestanden werden, die vermachte Sache als zu seinem Vermögen gehörige Sache gültig an Andere zu veräußern und so die dem Legatar gewährte Aussicht auf wirklichen Vermögensgewinn zu vereiteln. Einen Beweis für die Verwerfung der Sabinianischen Ansicht, für die Anerkennung der Proculianischen Theorie bezüglich des unbedingten Vindicationslegats, wie Köppen sie darstellt, kann ich darin nicht finden. —

Eine zweite Streitfrage, die unter den Schulen der Juristen bestand, betraf das bedingte Vindicationslegat.

Nach Gaius II. §. 200. war es streitig: quod sub condicione per vindicationem legatum est, pendente condicione cuius esset? „Nostri praeceptores“, sagt er, „heredis esse putant, exemplo statuliberi, id est eius servi, qui testamento sub aliqua condicione liber esse iussus est, quem constat interea heredis servum esse; sed diversae scholae

auctores putant, nullius interim eam rem esse; quod multo magis dicunt de eo, quod sine condicione pure legatum est, antequam legatarius admittat legatum". Die Proculianer nahmen also auch hier an, daß einstweilen bis zur Erfüllung der Bedingung die Sache weder in des Erben noch in des Legatars Eigenthum sei, und mußten consequent dieses auch nach Erfüllung der Bedingung noch annehmen, so lange nicht der Legatar das Legat angenommen hatte. Die Sabinianer dagegen legten hier dem Erben das Eigenthum bei, ließen aber durch Erfüllung der Bedingung dasselbe ipso iure als nun unbedingt legirtes auf den Legatar übergehen, der jedoch den Erwerb durch Ablehnung rückgängig machen konnte. In Betreff dieser Controverse der Schulen ist nun, abgesehen von der unmittelbaren Folge der Erfüllung der Bedingung, unzweifelhaft, daß in der Jurisprudenz nach Gaius die Sabinianische Lehre die siegreiche gewesen und diese auch im Justinianischen Rechte allein anerkannt ist [7]). Und in diesem Punkte erfreut sich dieselbe denn auch der Zustimmung Ihering's, wenngleich ihr die Rede von passiven Wirkungen der Rechte, hier des möglicher Weise durch Erfüllung der Bedingung künftig entstehenden Rechts des Legatars, fremd ist. Der Erbe hat einstweilen das Eigenthum der Sache nur als ein dominium, quod abire ab eo speratur — *speratur* = *exspectatur*, gehofft wird, nicht vom Erben, der eben rem vindicat, wohl aber vom Legatar —. Diese Hoffnung kann der Erbe nicht durch rechtliche Verfügungen vereiteln oder schmälern;

7) L. 66. und L. 12. §. 2. citt. (von Paulus und Ulpian), L. 32. §. 1. D. de legat. II. (von Modestin), L. 1. §. 4. D. de Sc. Silan. XXIX. 5. (Ulpian), vgl. L. 29. §. 1. D. qui et a quib. manum. XL. 9. L. 11. §. 1. D. serv. quemadm. am. VIII. 6. (Marcellus), L. 105. D. de cond. et dem. XXXV. 1. (Pomponius).

er mag die Sache veräußern, mancipiren, tradiren, aber, wenn die Hoffnung des Legatars sich erfüllt, so hat das Eigenthum des Erwerbers ein Ende[8]); er mag die Sache mit Servituten belasten, aber, wenn die Erfüllung der Bedingung eintritt, so erlöschen die von ihm bestellten Servituten[9]); er mag selbst pendente condicione einem Anderen die Sache per vindicationem legiren und mag kraft dessen dieser das Eigenthum der Sache erwerben, aber existente condicione wird nichts desto weniger der erste Legatar, wenn er nicht ablehnt, Eigenthümer, unmittelbar kraft des ihm vom ersten Testator hinterlassenen Vindicationslegates[10]). Mit einem Wort: Das Eigen-

8) L. 69. §. 1. D. de legat. I. cf. L. 81. pr. 82. pr. eod. vgl. Th. 46. S. 262 fg.

9) L. 11. §. 1. D. quemadm. serv. am.: Heres, cum legatus esset fundus sub condicione, imposuit ei servitutes: extinguentur, si legati condicio existat. Nach der Ansicht der Proculianischen Schule konnte nicht gesagt werden: extingui servitutes; diese waren nicht constitutae, wenn der Erbe nicht Eigenthümer war. Nach der Sabinianischen Ansicht konnte der Erbe inzwischen als Eigenthümer des Grundstücks für dasselbe auch Servituten erwerben. Daher fährt Marcellus in L. 11. §. 1. cit. fort: Videamus, an adquisitae sequantur legatarium? et magis dicendum est, ut sequantur. Durch den Erwerb einer Servitut für das vermachte Grundstück ist das Recht des Legatars nicht gefährdet oder beeinträchtigt; erworben aber ist sie durch den zeitlichen Eigenthümer; dem Legatar sie abzusprechen fand Marcellus nicht praktisch. Nach der Ansicht der Proculianer konnte die Frage nicht aufgeworfen werden, weil die Servituten nicht adquisitae waren, obgleich deficiente condicione legati der Erwerb der Servitut durch den Erben zu Recht bestand, weil dieser alsdann rückwärts schon in jener Zeit als Eigenthümer des Grundstücks angesehen wurde.

10) L. 105. L. de cond. et dem.: Si fundum a testatore sub condicione legatum heres alii pendente condicione

thum des Erben ist behaftet mit der Möglichkeit künftigen Anfalls an den Legatar, beschränkt in seiner Dauer, und kann nur mit dieser ihm anhaftenden Schranke vom Erben auf einen Gesammt- oder Einzel-Nachfolger desselben übertragen werden. Wenn man von einer „Gebundenheit der Sache" spricht, so ist darunter nichts anderes zu verstehen, indem die Sache für das Eigenthum an derselben genannt wird; die Sache verspürt von dieser Fessel nichts[11]). Das Eigenthum der Sache wird denn auch in diesem Fall dem Legatar erworben, als unmittelbar vom Vermächtnißgeber ihm zugewendet; er bekommt es nicht vom Erben, bedarf nicht der Uebertragung von dessen Seite, ist nicht Rechtsnachfolger des Erben, von diesem sein Recht ableitend, nur zeitig dessen Nachfolger im Eigenthum. Man konnte auch hier mit Papinian sagen: recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transit; aber nach der recipirten Ansicht der Sabinianer ohne den Zusatz:

legavit, post existentem condicionem, quae priori testamento praeposita fuerat, neque proprietas a priore legatario recedit nec locum religiosum in eo fundo heres facere nec servitutem imponere poterit: sed et imposita servitus finietur existente condicione. Pomponius geht von der Ansicht aus, daß post aditam hereditatem condicione legati existente das Eigenthum sofort ipso iure dem Legatar erworben sei; daher kann der Erbe und der Erbe des Erben jetzt keine Servitut mehr auflegen; die früher aufgelegten erlöschen; und der zweite Legatar erwirbt nicht das Eigenthum oder verliert es ipso iure wieder, wenn er es auch nach dem Tode des Erben, der ihm vermachte, schon erworben hatte. Nach der Ansicht der Proculianer wäre obiges Legat als Vindicationslegat nicht gültig gewesen, weil der Testator nicht Eigenthümer war.

11) Vgl. Arndts Pand. §. 128. mit Ihering a. a. O. S. 472. „Gebundenheit der Sache", S. 480 „des Erben ... Eigenthum ist gebunden", S. 499 fg.

„numquam factum heredis“; die Proculianer konnten auch hier so reden.

Wie es sich bei dem Vindicationslegat ex die certo mit dem Eigenthum der Sache in der Zwischenzeit von der Antretung der Erbschaft bis zu dem bestimmten Zeitpunkte verhielt, darüber sagt Gaius a. a. O. nichts ausdrücklich. Es versteht sich aber von selbst, daß hier die Sabinianer ebenfalls bis dahin dem Erben das Eigenthum beilegten[12]. Und vermuthlich waren darin, sofern sie überhaupt ein Vindicationslegat als wirksam zuließen, auch die Proculianer nicht anderer Meinung; ein solches Legat legte ja klar den Willen des Testators, daß inzwischen der Erbe das Eigenthum behalten sollte, an den Tag. Eine Bestätigung dessen kann man finden in dem Schlußsatz von Gai. II. §. 200.: quod (sc. *nullius interim eam rem esse*) multo magis dicunt (*diversae scholae auctores*) de eo, quod sine condicione pure legatum est, antequam legatarius admittat legatum. Stände pure allein da, so könnte dies einfach auf ein unbedingtes Legat gedeutet werden; da es noch ausdrücklich zu „sine condicione“ hinzugefügt ist, darf man schließen, daß Gaius sagen wollte: „unbedingt und ohne Zeitbestimmung“ (dies certus)[13], also: über den Fall, wenn unbedingt, aber mit einer Zeitbestimmung vermacht war, war kein Streit, oder ist wenigstens solcher nicht bezeugt.

Was hiernach vor Justinian nur beim Vindicationslegat Rechtens war, gemäß der Sabinianischen Lehre, das gilt im Justinianischen Rechte, nach L. 1—3. Cod. commun. de legat. et fideicomm. VI. 43., bei jedem

12) Vgl. oben S. 264. Anm. 35; vgl. auch Thl. 46. S. 65 Anm. 42.

13) *Pure* finden wir bald im Gegensatz von sub *condicione* schlechthin — Gai. II. 244. — bald im Gegensatz von *sub condicione aut ex die certa* — Gai. II. 250. I. 186 vgl. Ulp. XXIV. 31.

Vermächtniß einer eigenen Sache des Erblassers, wie denn auch in den betreffenden Digestenstellen die Bezugnahme auf ein Vindicationslegat überall ausgemerzt worden ist. Und was insbesondere die Veräußerung solcher vermachten Sachen durch den Vermächtnißträger betrifft, so hat Justinian die in den Digesten aufgenommenen ursprünglich nur auf das Vindicationslegat bezüglichen Grundsätze durch L. 3. §. 2. 3. Cod. l. c. ausdrücklich in Anwendung auf alle Vermächtnisse von Sachen des Erblassers bestätigt und zudem durch eine zusätzliche neue Bestimmung das Recht der Vermächtnißnehmer gegen Gefährdung in Folge solcher Veräußerung noch mehr sicher gestellt[14]). In §. 2. ist zunächst von unbedingten Vermächtnissen die Rede („ea quae per legatum vel pure vel sub certo die relicta sunt"). Hier ist die Unzulässigkeit und Unwirksamkeit der Veräußerung durch den Vermächtnißträger sehr energisch ausgedrückt[15]), ganz passend für den Fall des unbedingt und ohne Befristung hinterlassenen Legats, kraft dessen der Legatar nach Antretung der Erbschaft sofort Eigenthümer der Sache ist, aber doch auch bezüglich auf das legatum ex die certo, obgleich in Folge dessen inzwischen usque ad diem dem Erben das Eigenthum zusteht, aber nur als ein dominium, quod ab eo abiturum esse iam certum est, was ohne Zweifel durch die Worte „quam in suis bonis pure non possidet" angedeutet werden

14) Vgl. des Comment. Th. 46. S. 56 fg.

15) „Nemo itaque ea . . putet esse in posterum alienanda . . . sed sciat, quod hoc quod alienum est non ei liceat (so Krüger's Ausgabe anstatt der Th. 46. S. 64. aufgenommenen Lesart: *hoc, quod alienum est, non licere ei*) utpote sui patrimonii existens alieno iuri applicare, quia satis absurdum est . . . rem, quam in suis bonis pure non possidet, eam ad alios posse transferre" . . . .

sollte[16]). In §. 3. ist sodann von bedingten Vermächtnissen die Rede („sin autem sub condicione vel sub incerta die fuerit relictum legatum vel fideicommissum"). Hier wird der Vermächtnißträger nur gewarnt vor Veräußerung der Sachen („melius faciat, et si in his casibus caveat ab omni venditione vel hypotheca"), mit Hinweis auf die möglicher Weise in Folge derselben ihn treffenden Nachtheile („ne se gravioribus oneribus, evictionis nomine supponat"), falls nehmlich die Bedingung des Vermächtnisses in Erfüllung geht. Denn:

> sciat, quod condicione impleta ab initio causa in irritum devocetur et sic intellegenda est, quasi nec scripta nec penitus fuerat celebrata, ut nec usucapio nec longi temporis praescriptio contra legatarium vel fideicommissarium procedat.

Die Veräußerung hindert nicht den existente condicione ipso iure eintretenden Uebergang des Eigenthums der Sache auf den Vermächtnißnehmer; dieser kann dieselbe ohneweiters gegen den Erwerber und jetzigen Besitzer vindiciren, so zwar, daß ihm auch nicht Ersitzung im Wege steht; er kann eben so gegen den Gläubiger, dem die Sache vom Vermächtnißnehmer verpfändet war, die Eigenthumsklage mit vollem Erfolg durchführen. Justinian sagt nicht, daß das Veräußerungsgeschäft, namentlich der Kaufvertrag, als ab initio nichtig zu betrachten sei. Nur die Veräußerung, alienatio rei, die Uebertragung des Eigenthums derselben auf den Käufer ist fortan vereitelt; es war diesem das Eigenthum aber nur mit der ihm inwohnenden Gefahr der Vernichtung durch die Erfüllung der Bedingung erworben. Der Kauf ist durch die Erfüll-

16) Vgl. des Comment. Th. 46. S. 65. Anm. 42. und oben S. 332 fg.

ung der Bedingung des Vermächtnisses der Kraft einer iusta causa des Besitz- und Eigenthumserwerbes beraubt; aber der Verkäufer haftet dem Käufer, der des Vermächtnisses unkundig war, nach §. 4. in vollem Maße wegen Eviction der Sache, wie wenn er eine fremde Sache verkauft hat; wenn aber der Käufer wußte, daß die Sache unter einer Bedingung vermacht sei, dann soll er nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes nur auf Rückzahlung des Kaufpreises Anspruch haben, und selbst diesen Anspruch wird man ihm mit Recht absprechen, wenn der Kaufvertrag in dem Sinn abgeschlossen worden, daß dem Käufer nur das wegen noch möglicher Erfüllung der Vermächtnißbedingung unsichere Recht des Verkäufers verkauft sein solle, d. i. implicite die Hoffnung desselben auf die Rechtsfolge der Nichterfüllung der Bedingung, darin bestehend, daß nun das Eigenthum ein dauerhaftes ist. Uebrigens ist in §. 3. die Ausschließung der Ersitzung ausdrücklich für alle Fälle der Veräußerung der vermachten Sache, auch die in §. 2. berührten, ausgesprochen, und ist noch besonders als wichtig zu betonen, daß die Constitution nicht blos die dem Erben auferlegten Legate betrifft, sondern auch die einem Vermächtnißnehmer auferlegten Fideicommisse [17]. Durch diese Constitution wird aber nicht ausgeschlossen, daß die von dem Beschwerten vorgenommene Veräußerung der vermachten Sache als wirksam bestehen bleibt, wenn der Bedachte das ihm hinterlassene Vermächtniß ablehnt, was in den erst nach L. 3. Cod. cit. pu-

17) In L. 3. §. 2. cit. sind die Worte: „ea quae per legatum vel pure vel sub certo die relicta sunt" auf dem Erben auferlegte Vermächtnisse zu deuten; die folgenden Worte: „vel quae restitui aliis disposita sunt vel substitutione posita" auf andere Vermächtnisse.

blicirten Pandekten noch als praktisches Recht anerkannt ist [18]).

Wird das Vermächtniß nicht abgelehnt, so gehört dem Vermächtnißnehmer die Sache, nicht als ob ihm das Eigenthum schon die legati cedente, also bei unbedingtem Vermächtniß schon vom Todestage an erworben wäre, aber sie gehört ihm als Bestandtheil des erblasserischen Vermögens, in dem Zustand wie sie im Nachlaß sich befindet, auch mit dem Zuwachs, der noch beim Leben des Erblassers oder erst nach dessen Tode hinzugekommen ist, wovon schon in §. 1518. b. (Th. 46. S. 121. fg.) die Rede gewesen ist. So ist auch kein Zweifel, daß dem Vermächtnißnehmer die zur Zeit des Erwerbes eines vermachten Grundstücks noch stehenden oder hängenden Früchte erworben werden; daß nach römischem Rechte das noch ungeborne Kind der vermachten Sclavin ihm mit der Mutter gehörte. Eine streitige Frage aber ist, was in Ansehung der vor Geltendmachung des Vermächtnisses von der Hauptsache getrennten Früchte Rechtens sei? Als Eigenthümer kann der Vermächtnißnehmer auf die Früchte der ihm vermachten Hauptsache jedenfalls nicht früher ein Recht haben, als von dem Zeitpunkte an, da ihm das Eigenthum der Hauptsache erworben ist; die von dieser getrennten Erzeugnisse bilden nicht einen Zuwachs als integrirenden Bestandtheil derselben, der mit ihr vindicirt werden könnte; sie sind selbständige Sachen, und es kann sich nur fragen, wem und kraft welchen Rechtes dieselben durch die Trennung, d. i. nach ihrer Entstehung als selbständige Sachen, erworben werden. Die nach dem Tode des Erblassers bis zur Antretung der Erbschaft entfallenden Früchte der vermachten Erbschaftssache, so wie auch das von der Erbschaftssclavin in dieser Zwischen-

18) Vgl. oben S. 293.

zeit geborene Kind, das nicht zu den Früchten gezählt wurde, bilden eine Vermehrung des erbschaftlichen Vermögens und fallen als solche dem Erben zu[19]), so wie auch, was der vermachte Sclave in dieser Zwischenzeit erwarb, der Erbschaft erworben wurde und mit dieser und durch sie dem Erben zukam[20]). Nach Antretung der Erbschaft ist dann der Erbe zunächst Eigenthümer der vermachten Sache, so fern und so lange noch nicht dies legati cessit et venit, und hat als solcher auch das regelmäßig dem Eigenthümer zustehende Recht auf die Erzeugnisse, die in dieser Zeit von der Sache getrennt werden. So bei einem bedingten Eigenthumsvermächtniß, so lange die Bedingung schwebt; der Erbe kann selbst gegen den schon im Besitze befindlichen Vermächtnißnehmer die Eigenthumsklage anstellen und mittels derselben auch Herausgabe oder Ersatz der Früchte erwirken, in dem Maße, wie dies überhaupt dem Eigenthümer möglich[21]). So auch bei dem

19) L. 20. §. 3. D. de hered. pet. V. 3.

20) L. 38. D. de legat. II. cf. L. 15. D. ad leg. Aquil. IX. 2.

21) L. 32. §. 1. D. de legat. II. (Modestin. lib. IX. regularum): fundum ante condicionem completam, ab herede non traditum, sed a legatario detentum, heres vindicare cum fructibus poterit. — Es ist möglich, daß der Legatar die Sache, die in der That zur Erbschaft gehört, schon früher, bona oder mala fide, im Besitz hatte. Hat er sie als ihm vermachte Sache eigenmächtig in Besitz genommen, so könnte der Erbe sie auch durch das interdum quod legatorum (Dig. XLIII. 3.) abfordern, aber er kann sie auch vindiciren. Hat der Erbe dieselbe dem Legatar selbst übergeben, so hilft ihm weder das eine noch das andere Rechtsmittel, sei es, daß er sie aus anderem Grunde tradirt hatte, weßhalb ihm exceptio rei (venditae et) traditae entgegenstehen könnte, sei es, daß er sie als vermachte schon vor Erfüllung der Bedingung, eben unter

befristeten Eigenthumsvermächtniß bis zu dem bestimmten Tage, von welchem an das Eigenthum vermacht ist. In Folge des unbedingten und unbefristeten Eigenthumsvermächtnisses dagegen scheint es consequent, dem Legatar sofort nach Antretung der Erbschaft wie das Eigenthum, so auch das regelmäßige Recht des Eigenthümers in Ansehung der Früchte und überhaupt der Erzeugnisse der Sache beizulegen. Consequent war dies in Beziehung auf das Vindicationslegat nicht nur nach der Sabinianischen, sondern auch nach der Proculianischen Ansicht; denn nach der letzten sollte es ja nach erklärter Annahme des Legats so angesehen werden, als ob dem Legatar schon rückwärts vom Zeitpunkt der Erbantretung an das Eigenthum erworben worden sei; nach beiden Ansichten war sie nie im Eigenthum des Erben, wenn der Legatar das Legat erwarb. Es ist kein Grund zu ersehen, aus welchem dennoch der Erbe die Früchte der Sache für sich gewinnen, dem Legatar sollte entziehen können. Ist ein Dritter im Besitz der Sache, so kann der Legatar, nur er als jetziger Eigenthümer, gegen denselben die Eigenthumsklage anstellen und dadurch auch Erstattung der Früchte erlangen, mehr oder minder, je nachdem der Beklagte mala oder bona fide besitzt. Hat ein Dritter ohne Recht die Früchte von der Sache getrennt oder sind sie ohne Zuthun eines Menschen

dieser Bedingung tradirt hatte. L. 7. §. 3. D. de iure dot. XXIII. 3. Vgl. übrigens ad L. 32. §. 1. cit. Cuiac. (opp. VII. col. 1136). — Nach der Ansicht der Proculianer hätte man consequent pendente condicione dem Erben kein Recht auf die Früchte und keine vindicatio beilegen können, da nach Erfüllung der Bedingung angenommen wurde, daß der Legatar, der das Vermächtniß annahm rückwärts von der Erbantretung an Eigenthümer gewesen sei, die Sache nie in des Erben Eigenthum sich befunden habe.

getrennt worden, so gehören sie dem Eigenthümer der Hauptsache, also jetzt dem Legatar; dieser ist es, dem als Eigenthümer auch wegen der Erzeugnisse je nach Umständen die vindicatio oder condictio, die actio furti oder arborum furtim caesarum und andere wegen Verletzung des Eigenthums stattfindende Klagen, insbesondere wegen Beschädigung der Sache die Aquilische Klage, zustehen[22]). Das alles scheint sich als einfache Consequenz daraus, daß dem Legatar das Eigenthum beigelegt wird, zu ergeben, und muß dann ebenso auch bei dem bedingten oder betagten Eigenthumsvermächtniß von Erfüllung der Bedingung oder Eintritt des Tages an angenommen werden. Damit übereinstimmend ist denn auch das Responsum Ulpian's, das in den Vat. fragm. §. 44. referirt wird:

> Respondit Aurelio Felici, fructus ex fundo per vindicationem pure relicto post aditam hereditatem a legatario perceptos ad ipsum pertinere; colonum autem cum herede ex conducto habere actionem.

Dasselbe ist in den Digesten als L. 120. §. 2. D. de legat. I. aufgenommen, mit der Ueberschrift „Ulpianus libro secundo responsorum", nur mit Weglassung der Worte „Respondit Aurelio Felici" und mit der Interpolation „pure legato", für „per vindicationem pure relicto." Was Ulpian nur vom Vindicationslegate sagen konnte, ist dadurch für das Justinianische Recht als anwendbar auf alle Fälle des Vermächtnisses eines erbschaftlichen Grundstücks hingestellt, dessen Eigenthum sofort adita hereditate dem Legatar erworben wird. Es ist darin der Fall gesetzt, daß das vermachte Grundstück vom Erblasser verpachtet war. Der Pachter hatte bis

22) L. 13. §. 3. D. ad leg. Aquil. IX. 2. vgl. oben S. 312 fg.

zur Antretung der Erbschaft das Recht, die Früchte zu beziehen; nach Antretung der Erbschaft steht dies Recht dem neuen Eigenthümer, d. i. dem Legatar, zu, der an den Pachtvertrag nicht gebunden ist, wenn ihm nicht die Fortsetzung desselben vom Erblasser auferlegt ist; der Pachter aber kann nun mit der actio ex conducto den Erben belangen, der ihm aus dem Pachtvertrag des Erblassers obligirt ist. Dasselbe gilt auch, wenn das Vermächtniß ein bedingtes oder betagtes ist, post aditam hereditatem existente condicione vel die, wenn die Pacht bis dahin noch fortdauert; ebenso und noch vielmehr auch dann, wenn der Erbe während schwebender Bedingung das Grundstück verpachtet hat und nun die Bedingung in Erfüllung geht. Anders, wenn dem Dritten ein dingliches Recht an dem vermachten Grundstück zustand, das ihn zum Fruchtgenuß berechtigte, wie der Nießbrauch oder das emphyteutische Recht; dieses kann durch den Eigenthumserwerb des Legatars nicht afficirt werden; es kann nur die Frage entstehen, ob nicht der Erbe obligirt sei, dem Legatar die Sache befreit von dieser Beschränkung zu verschaffen; wenn aber der Erbe erst nach Antretung der Erbschaft als einstweiliger Eigenthümer ein solches Recht eingeräumt hätte, so würde dieses durch den nachher sich entscheidenden Eigenthumserwerb des Vermächtnißnehmers von selbst erlöschen[23]). Uebereinstimmend mit der oben entwickelten Ansicht ist ferner auch L. 42. D. de usur. et fruct. XXII. 1. (Modestin. lib. 11. respons.):

> Herennius Modestinus respondit: fructus, qui post adquisitum ex causa fideicommissi dominium ex terra percipiuntur, ad fideicommissarium pertinere, licet maior pars anni ante diem fideicommissi cedentem praeterisse dicatur.

23) Vgl. Cuiac. ad L. 120. §. 2. cit. und diesen Comment. Th. 46. S. 125 fg. S. 134. und oben S. 335.

Nachdem zur Zeit des Modestinus geltenden Rechte gewährte zwar das Fideicommiß nicht wie das Vindicationslegat dem Vermächtnißnehmer unmittelbar (ipso iure) das Eigenthum der vermachten Sache; der Fideicommissar erwarb dieses, wenn das Fideicommiß ein Singularfideicommiß war, erst durch Tradition, bezw. Mancipatio oder Injurecessio von Seiten des Beschwerten, und es stand ihm außerdem noch eine räthselhafte missio in possessionem rei zu Gebote als Rechtsmittel, um sich den Besitz der vermachten Sache und deren (prätorisches) Eigenthum zu verschaffen; wenn es ein Universalfideicommiß war, wurde ihm nur durch die Restitution der Erbschaft ex Scto Trebelliano bonitarisches Eigenthum an allen Sachen der Erbschaft erworben. Modestinus setzte also bei seinem Responsum, wenn es ein Singularfideicommiß betraf, voraus, daß dem Fideicommissar das Eigenthum des Grundstücks, wenigstens bonitarisches, in jener Weise erworben war; zudem war es ihm offenbar Hauptsache, auszusprechen, daß dem Fideicommissar alle erst nach jenem seinem Eigenthumserwerb von dem Grundstücke bezogenen Früchte gehören, ohne Rücksicht darauf, ob selbst der größere Theil des betreffenden Fruchtjahrs schon vor dem Anfall des Vermächtnisses abgelaufen sei. Allein für das Justinianische Recht ist vorerst durch jene Stelle die Regel ausgesprochen, daß alle post adquisitum ex causa fideicommissi dominium percipirten Früchte dem Fideicommissar gehören, und wann nun ex ea causa dominium adquisitum sei, die Frage ist nach Justinianischem Rechte bezüglich aller Vermächtnisse eigener Sachen des Erblassers dahin zu beantworten: der Vermächtnißnehmer wird Eigenthümer der vermachten Sache nach Antretung der Erbschaft, je nach Umständen entweder sofort oder mit dem Eintritt des Anfangstermins des Eigenthums oder der Erfüllung der Bedingung des Vermächtnisses. Von da an konnte

also mit Recht, wie es scheint, unter Bezugnahme auf L. 42. cit., dem Vermächtnißnehmer als Eigenthümer auch das Recht auf die Früchte beigelegt werden[24]).

Gleichwohl wird von den Meisten gelehrt, daß der Legatar dem Vermächtnißträger gegenüber wegen der Früchte keinen Anspruch zu machen habe, außer von dem Streitbeginn an oder auch von dem Zeitpunkte an, in welchem der Verpflichtete schon vor Erhebung der Klage wegen Ablieferung der Sache in Verzug gesetzt worden ist. Diese Meinung gründet sich auf ein Rescript von Gordian, das uns als L. 4. Cod. de usuris et fructibus legatorum vel fideicommissorum. VI. 47. überliefert ist, also lautend:

In legatis et fideicommissis fructus post litis contestationem, non ex die mortis, sequuntur, sive in rem in personam agatur.

Also auch, si in rem agatur, soll der klagende Legatar nur auf Erstattung der Früchte seit der Litiscontestatio Anspruch haben? Das kann zu Gordian's Zeit doch nur auf das Vindicationslegat bezogen werden. Man könnte dabei etwa auch an die zur Geltendmachung der Fideicommisse nach damaligem Rechte gewährte missio in rem denken[25]); aber mit Recht wird dagegen bemerkt, daß dies mit dem allgemeinen Ausdruck schwer vereinbar sei[26]); es ist um so weniger eine befriedigende Aushülfe, da schon nach älterem Rechte in Folge des Vindicationslegates dem Legatar die Wahl gelassen wurde, in rem oder in personam zu klagen, da im Justinianischen Rechte diese Wahl allgemein in Ansehung aller Vermächtnisse, deren Gegen-

24) Arndts Pand. §. 569. not. c. civilist. Schriften II. S. 466. not. 377.

25) Pauli sentt. IV. 1. §. 15.

26) Windscheid, Pand. §. 647. Anm. 14.

stand eine Sache der Erbschaft ist, dem Vermächtnißnehmer gestattet, jene alte scrupulosa in rem missio aber ganz beseitigt ist[27]). Allgemein anerkannt ist aber, daß ungeachtet der L. 4. cit. des Vermächtnißnehmers Anspruch nicht überall nur auf die nach der Litiscontestatio sich ergebenden Früchte zu beschränken sei. Gewiß ist, daß schon zu Gordian's Zeit des Fideicommissars Anspruch sich auch auf die Früchte der vermachten Sache erstreckte, von der Zeit an, da der Verpflichtete in Verzug gesetzt worden ist, und so verhält sich's im Justinianischen Rechte bei allen Vermächtnißforderungen[28]). Daher setzt man sich über das „post litis contestationem" hinweg und erkennt dem Vermächtnißnehmer einen Anspruch zu auch in Betreff der schon vor dem Streitbeginn nach eingetretenem Verzug des Vermächtnißträgers percipirten Früchte[29]). So läßt Hellfeld bei dem Eigenthumsvermächtniß den Erben noch so lange er nicht gemahnt ist, nicht länger, die Früchte erwerben, und zwar als bonae fidei possessor[30]). Als bonae fidei possessor? möchte man da

27) Vgl. der Comment. Th. 46. S. 56 fg., 64. fg.

28) L. 26. D. de legat. III. L. 39. §. 1. D. de legat. I. L. 8. D. de usur. XXII. 1. vgl. Gai. II. §. 280. Pauli sentt. III. 8. §. 4.

29) Cuiac. ad L. 39. §. 1. cit. (opp. VII. col. 1022.), ad tit. Cod. de usur. et fruct. VI. 47. (opp. IX. c. 860.), Westphal I. §. 776. 780-82. Thibaut Pand. §. 910. Wening-Ingenheim Civilrecht V. §. 211. Göschen §. 1048. a. E. Puchta Pand. §. 543. Savigny System VI. S. 154. fg. Fr. Mommsen Beiträge III: Lehre v. d. Mora S. 228. Windscheid Pand. a. a. O. Baron Pand. §. 444.

30) Er sagt §. 1526. a. E.: Post aditam hereditatem percepti fructus ut et usurae non nisi a tempore litis contestatae, seu agniti legati et interpellationis factae, exigi possunt. Nam quamvis, quoad effectum trans-

mit Ihering[31]) fragen: er weiß ja, daß die Sache eine fremde ist; in der Regel wenigstens wird er wissen, daß die Sache vermacht ist, und dann muß er wissen, daß nach Antretung der Erbschaft dieselbe, wenn pure legirt, Eigenthum des Legatars ist. Wenn übrigens der Erbe die Früchte nur mit dem Recht des bonae fidei possessor erwirbt, so muß er ja doch die noch vorhandenen Früchte dem vindicirenden Legatar herausgeben; nur fructus consumtos suos facit, lucratur[32]). Ihering legt aber ebenfalls auf die bis zum Moment der Ablieferung, beziehungsweise der Mora gezogenen Früchte schlechthin dem Erben den Anspruch, das Eigenthum, bei[33]), nur auf L. 4. Cod.

missionis, legatarius a momento mortis testatoris sit dominus, heres tamen tam diu, ac legatarius non interpellavit, instar bonae fidei possessoris fructus lucratur. Hier ist das dem Legatar ex die legati cedente beigelegte Eigenthum, wie bei Thibaut, nur quoad effectum transmissionis dominium. Vgl. oben S. 199. Anm. 2. S. 247 Anm. 100. S. 259 Anm. 23.

31) Jahrb. f. d. Dogmatik X. S. 478.

32) Arndts Pand. §. 156. 167.

33) Ihering bringt diesen Punkt a. a. O. nur zur Sprache, um ein zweites Bedenken gegen die Theorie sowohl der Proculianer als der Sabinianer zu erheben, indem er als unzweifelhaft voraussetzt, daß dem Erben einstweilen die Früchte gehören. „Worauf", fragt er, „soll er sein Eigenthum an denselben stützen, wenn die Sache eine res nullius ist? Auf Occupation? denselben Rechtstitel würde jeder Dritte haben. Worauf, wenn die Sache dem Legatar gehört? Auf das Recht des bonae fidei possessor? Allein er weiß ja, daß die Sache eine fremde ist." Gar so gefährlich ist die Lage auch nach der Proculianischen Ansicht nicht. Wird das Legat abgelehnt, so ist der Erbe retro Eigenthümer, hat als solcher die Früchte bezogen und behält sie; ein Dritter mag sie occupiren ohne Recht; er wird das Unrecht büßen, ob der Erbe oder der Legatar

cit. sich stützend. Allein wenn man durch diese Stelle sich nicht hindern läßt, dem Vermächtnißnehmer doch auch schon vor der Litiscontestatio gezogene Früchte zuzusprechen; wenn man, und mit Recht, nicht das argumentum a contrario gelten läßt: post litiscontestationem fructus sequuntur, also ante litis contestationem non sequuntur: so kann die Stelle auch nicht entscheidende Auskunft darüber geben, was in Ansehung der vor der Litiscontestation gezogenen Früchte in allen Fällen Rechtens sei, am wenigsten darüber, wie es sich mit dem Eigenthumserwerb der Früchte verhalte, und das um so weniger, da uns in derselben nur ein aus einem Rescript entnommener Satz vorliegt, das ohne Zweifel im Eingange den praktischen Anlaß zum Ausspruch dieses Satzes angedeutet hatte. Dieser besteht aus einer Position und einer Negation. Die Position ist: In legatis et fideicommissis post litiscontestationem fructus sequuntur. Das ist ein allgemein für alle Arten von Vermächtnissen und für alle Fälle, wo dabei von einem Anspruch auf Früchte die Rede sein kann, richtiger Satz. Mag der Vermächtnißnehmer sein Recht durch eine dingliche oder persönliche Klage geltend machen, nach der Litiscontestatio haftet ihm der Beklagte jedenfalls für Ersatz der Früchte, auch der sog. fructus percipiendi. Die Negation ist: non ex die mortis fructus sequuntur. Auch das ist ein allgemein richtiger Satz. In keinem Falle, wenn auch dies

schließlich sich als Eigenthümer herausstellt. — Uebrigens kommt Ihering nicht aus der Schwierigkeit heraus, das Eigenthum des Erben an den Früchten bis zur Ablieferung oder Mora zu erklären. Er bezweifelt nicht, daß das Eigenthum der vermachten Sache dem Legatar durch Agnition des Legats erworben wird; dadurch ist der Erbe nicht nothwendig schon in mora.

legati vel fideicommissi mortis testatoris tempore cedit, hat der Vermächtnißnehmer Anspruch auf alle seit dem Tode des Erblassers noch vor Antretung der Erbschaft entfallenen Früchte der vermachten Hauptsache, ausgenommen allein den Fall, wenn dies der Erblasser verordnet hat, d. h. wenn auch die Früchte ihm vermacht sind, diese also nicht blos als Accession der allein vermachten Hauptsache, sondern als selbst vermachtes Objekt in Anspruch genommen werden können[34]). Vielleicht war es in dem Fall, der dem Kaiser Gordian vorlag, gerade diese Frage, auf deren Entscheidung es wesentlich abgesehen war, indem ein Vermächtnißnehmer glaubte, daß ihm alle seit des Erblassers Tode entfallenen Früchte als Accessionen der vermachten Sache gleich anderem Zuwachs derselben gebühren, und so war es vielleicht gerade die Negative in dem Rescript, worauf der Ton gelegt wurde. Nach dieser Beleuchtung der L. 4. Cod. cit. scheint es mir jedenfalls unberechtigt, darin den Beweis zu finden, daß der Vermächtnißnehmer von der Zeit an, da ihm das Eigenthum der Sache erworben, als Eigenthümer nicht regelmäßig auch in Ansehung der Früchte gleiches Recht wie jeder andere Eigenthümer habe; unberechtigt, gegenüber der L. 4. cit. die L. 42. cit. und L. 120. §. 2. cit. zu ignoriren[35]).

Schließlich noch ein Wort über L. 51. pr. D. fam.

34) L. 43. §. 2. D. de legat. II. L. 2. §. 1. D. de dote praelegata. XXXIII. 4.

35) Damit stimmt denn auch Seuffert 4. Aufl. §. 616. Anm. 5. überein, indem er zu Windscheid a. a. O. bemerkt: Es dürfte aber zudem zu behaupten sein, daß, abgesehen von Verzug und Prozeßbeginn, der Onerirte diejenigen vor der Entrichtung des Vermächtnisses gezogenen Früchte herauszugeben habe, welche nach §. 618. Note 5.“ (wo von dem ipso iure eintretenden Eigenthumserwerb des Legatars die Rede ist) „und §. 142.“ (wo „Erzeugung aus unserem Eigenthum“ als Eigenthumserwerb vorkommt)

erc. X. 2., die von Savigny a. a. O. S. 155. Note 1 als Beweis angeführt wird, daß zuletzt auch beim Vindicationslegat vor allem Rechtsstreit die Forderung von Früchten in Folge der Mora zugelassen sei. Jene Stelle betrifft den Fall, da ein Vater, dem als Dos für die Ehe des Sohnes ein Grundstück übergeben war, diesen Sohn mit anderen zusammen zum Erben eingesetzt hatte. Julian sagt, dem Sohne sei hier jenes Dotalgrundstück durch den arbiter familiae erciscundae in der Art als Voraus zu überweisen, als wenn demselben die Dos per praeceptionem vermacht wäre[36]), und fährt dann fort: quare fructus post litem contestatam percepti ad eum redigendi sunt habita ratione impensarum; qui vero ante litem contestatam percepti fuerint, aequaliter ad omnes heredes pertinebunt." Also bis zur Litiscontestatio sollen die Früchte der per praeceptionem legirten Sache den Erben gehören? Dabei ist aber zu beachten, daß der Sabinianer Julian das legatum per praeceptionem nicht als Vindicationslegat ansah und die actio familiae erciscundae nach der Ansicht seiner Schule das einzige Rechtsmittel war, um das Präceptionslegat geltend zu machen, und zwar in der Weise, daß dem Prälegatar durch den Arbiter das Alleineigenthum adjudicirt wurde[37]).

„Eigenthum des letzteren sind." — Wenn der Verfasser hinzusetzt: „Weiter geht noch, wie es scheint, Arndts §. 569. Note c.", so wird, denk' ich, dieser Schein verschwinden, wenn in dem Satze daselbst: „hat auch als Vindicant von jenem Zeitpunkt an Anspruch auf die Früchte," der Vindicant betont wird, mit Bezugnahme auf §. 167. Einverstanden sind auch Tewes Erbr. II. §. 107. A. Sintenis Civilrecht III. §. 213. unter Nr. II. a. E. Vgl. auch Mühlenbruch Pand. III. §. 755. Anm. 5. 6.

36) Vgl. Arndts civilist. Schriften I. S. 464. II. S. 557.

37) Vgl. den Comment. Th. 46. S. 33 fg.

# Inhaltsverzeichniß zum 48. Theile.

lassene Vermächtniß hinsichtlich Eines von ihnen ungültig angeordnet ist? (L. 16. pr. D. de leg. I.; L. 34. §. 9. D. eod.; L. 84. §. 8. D. eod.; L. 7. D. de leg. II.; L. un. §. 11. Cod. de caduc. toll.) S. 66–75. — 5) Wie? wenn einem der Collegatare bedingt vermacht ist und die Bedingung nicht in Erfüllung geht? (L. 26. §. 1. D. de cond. et demonstr. XXXV. 1; l. 30. D. eod.; L. 54. §. 1. D. eod.; L. 34. §. 10. D. de leg. I.; L. 6. §. 2. D. de usufr. accr. VII. 2.) S. 75–83. — 6) Wie? wenn das Vermächtniß hinsichtlich eines der Collegatare widerrufen, oder aber einem derselben ein Dritter substituirt ist? S. 83—86. — 7) Die Anwachsung kann auch noch nach dem Tode des Accescenzberechtigten erfolgen. S. 86—89. — 8) Ueber die mit dem freigewordenen Vermächtnißtheil zu übernehmenden Lasten. S. 89—92. — 9) Erklärung einiger Stellen: a) L. 10. de leg. III. S. 92. fg. b) L. 99. D. de leg. I. S. 93. fg. c) L. 13. §. 1. D. de leg. II. S. 94. fg. d) L. 38. §. 2. D. de leg. III. e) L. 89. §. 2. D. de leg. II. S. 97. fg. f) L. 41. §. 9. D. de leg. III. S. 98. fg. g) L. 55. pr. D. de leg. II. S. 100. fg.

## §. 1524. a. Anwachsungsrecht beim Vermächtniß des Nießbrauchs einer Sache. S. 101—198.

Verhältniß zu der im 9. Theil zum Titel de usufr. adcresc. (VII. 2.) enthaltenen Darstellung S. 101. fg. Die Vaticanischen Fragmente, S. 102. fg. Die L. un. Cod. de caduc. toll. S. 104. fg. — Erörterung einzelner Puncte: 1) Auch der schon erworbene Nießbrauchtheil kann noch anwachsen, S. 107. fg. Abweichende Erklärungen dieser Eigenthümlichkeit: die von Heimsoeth S. 112. fg., die von Schneider S. 117. fg., die von Baron S. 121. fg. — 2) Ueber den Fall, wenn Mehreren zunächst nur eine Forderung auf Bestellung des Nießbrauchs erworben wurde, S. 124. fg. — 3) Selbst dem Collegatar, der seinen eigenen Nießbrauchtheil verloren hat, kann noch ein anderer anwachsen (S. 131—167); Einschränkungen: hinsichtlich der Verlustgründe, S. 135. fg. (mit Rücksicht auf die Ausführungen von Schlayer und Schneider); kann der Legatar den früher verlorenen Theil nie wieder gewinnen? (Ansicht von Leliévre); L. 10. D. VII. 2. S. 139. fg. (vgl. S. 131. fg.); die L. 3. §. 2. D. VII. 4. vgl. mit Vat. fragm. §. 75. §. 76.; die verschiedenen

Erklärungsversuche von Vangerow, Baron, Schlayer, Windscheid u. A., S. 141—167. — 4) Wie? wenn ein Collegatar das Eigenthum der dienenden Sache erwirbt? L. 3. §. 2. D. VII. 2. (fr. Vat. §. 83.) S. 167. fg. — 5) Wie? wenn Einem schlechthin eine Sache, Anderen der Nießbrauch an ihr vermacht ist? S. 171. fg. Die L. 26. §. 1. D. de usu et usufr. leg. XXXIII. 2. vgl. mit L. 9. D. VII. 2. S. 175. fg. Widerlegung von Schneider's Ansicht über diesen Punct, S. 178. fg. — 6) Ueber L. 3. §. 1. D. VII. 2. (fr. Vat. §. 80.) S. 192. fg. — 7) Ueber L. 8. D. VII. 2. vgl. mit Vat. fr. §. 86—88. S. 194. fg.

## §. 1525. Erwerb der Vermächtnisse. S. 199—254.

Ueber den Satz: Dies legatorum vel fideicommissorum a morte defuncti cedit, S. 199. fg. Ueber die Bedeutung des dies cedens, S. 202. fg. Gegen Heineccius und über Consult. vet. Icti. VI. §. 9. und Paul. sent. III. 6. §. 7. S 203. fg. Bedeutung des dies cedens für die Erben des Vermächtnißnehmers, ebd. und bes. S. 213. fg. Bedeutung des dies cedens bei Vermächtnissen an personae alieni iuris, S. 216. fg. (L. 18. D. de R. J., L. 55. §. 1. D. de leg. II., L. 91. §. 6. D. de leg. I., L. 16. §. 1. 2. D. XXXVI. 2.); Aenderungen im Justinianischen Recht, S. 229. fg. Verhältniß des Substituten zu den Erben des Bedachten, S. 231. fg. Ueber L. 3. §. 1. D. XXXIV. 4. S. 233. fg., L. 3. §. 2. cit. S. 238. fg., über L. 25. pr. D. ad Sc. Treb. XXXVI. 1. S. 241. fg. Gegen Zimmern, S. 243. fg. Ueber L. 30. §. 4. D. XXXIV. 4. S. 245. fg. — Aeltere unrichtige Vorstellungen über die Wirkung des dies cedens, S. 247. fg. Ueber die Terminologie, namentlich die Ausdrücke „Recht auf das Vermächtniß", „Anfall des Vermächtnisses", S. 248. fg.

## §. 1525. a. Erwerb des Eigenthums einer vermachten Sache und anderer dinglichen Rechte, S. 254—352.

Voraussetzungen im älteren Recht, S. 254. fg., im Justinianischen, S. 255. fg. Wann und wie vollendet sich der unmittelbare Eigenthumserwerb? S. 258. fg. Zulässigkeit des Vindicationslegats ex die certo, S. 261. fg. Regel über den Zeitpunkt des Eigenthumserwerbs, S. 264. Geschieht dieser ipso

---